

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA - UFSC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS - CCJ
DEPARTAMENTO DE DIREITO - DIR

Flávia Carolina de Fávere

**Análise da Tutela do Consumidor na Prestação de Serviços
Públicos**

MONOGRAFIA

FLORIANÓPOLIS
2008

FLÁVIA CAROLINA DE FÁVERE

**Análise da Tutela do Consumidor na Prestação de Serviços
Públicos**

Monografia apresentada à banca examinadora do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina, como exigência parcial para obtenção do título de Bacharel em Direito.

Orientadora: Prof. Msc. Leilane Mendonça Zavarizi da Rosa

FLORIANÓPOLIS

2008

TERMO DE APROVAÇÃO

A presente monografia, intitulada “Análise da tutela do consumidor na prestação de serviços públicos”, elaborada pelo acadêmica Flávia Carolina de Fávere e aprovada pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota _____ (_____), sendo julgada adequada para o cumprimento do requisito legal previsto no art. 9º da Portaria nº 1886/94/MEC, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução n. 003/95/CEPE.

Florianópolis, 28 de novembro de 2008.

Profa. Msc. Leilane Mendonça Zavarisi da Rosa

Prof. Ms. Luis Carlos Cancellier de Olivo

Flávia Koerich Mafra

Dedico esta monografia aos meus pais, que estão sempre ao meu lado, ajudando quando necessário e ao meu namorado pelo carinho e apoio.

AGRADECIMENTOS

Em especial, a minha orientadora Leilane Mendonça Zavarazi da Rosa, pela paciência, orientações e incentivos no decorrer deste trabalho.

Aos meus pais Leonir e Valfredo, por fazerem parte da minha vida nos momentos agradáveis e difíceis. Pelas oportunidades, dedicação e carinho.

Ao meu namorado Guilherme, pela compreensão, apoio e carinho.

A banca examinadora, por ter aceitado o convite de participar da minha defesa e pelas contribuições.

Enfim, a todas as pessoas que contribuíram de alguma maneira para a realização deste trabalho.

RESUMO

A presente pesquisa consiste em analisar a tutela do consumidor na prestação de serviços públicos. A fim de alcançar esse objetivo, este trabalho foi dividido em três momentos. No primeiro, dedicou-se a categoria serviços públicos propriamente. Constatou-se que os serviços públicos representam uma das atividades administrativas. Têm-se como seus elementos fundamentais a concretização das necessidades coletivas e a titularidade estatal, o que não obsta que essas atividades possam ser realizadas por terceiros ou pelas entidades criadas e autorizadas por lei (autarquias, fundações e empresas estatais). Num segundo momento, buscou-se identificar as características de uma dada relação de consumo. De um lado, aparece a figura do consumidor, que é aquele que adquire e/ou utiliza produtos/serviços como destinatário final. De outro, o fornecedor, que é quem coloca no mercado econômico produtos/serviços e que faz disso a sua atividade principal. Verificou-se, ainda, que a relação de consumo se manifesta na forma de um contrato, marcado pela existência de prestações proporcionais e pelo direito de liberdade em contratar a aquisição de um produto ou a prestação de um serviço. Logo, não há que se olvidar que os serviços públicos individuais e remunerados por meio de tarifa são objetos de relação de consumo. Diferentemente dos serviços públicos custeados através de tributos, aqueles são os únicos que obedecem aos princípios que informam a legislação consumerista e, por isso, podem se valer desse microsistema jurídico. Partindo-se dessa tese, já num terceiro momento, revelou-se que muitos mecanismos consumeristas de ordem civil favorecem na tutela preventiva e repressiva do consumidor-usuário. Destaca-se a inversão do ônus da prova, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica, a possibilidade de interpretação da cláusula contratual em favor do consumidor, dentre outros. Diante dessa evidência, pode-se afirmar que a lei consumerista viabiliza a consolidação de serviços públicos que correspondam aos anseios sociais, haja vista que dispõe de instrumentos que garantem aos usuários uma prestação de serviços públicos eficazes, adequados, seguros e contínuos, quanto aos essenciais.

Palavras-chaves: serviços públicos, direito do consumidor, mecanismos consumeristas de ordem civil.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	7
 CAP.1 O SERVIÇO PÚBLICO.....	 9
1.1 Conceito de serviço público.....	9
1.2 Elementos caracterizadores do serviço público.....	14
1.3 Classificação dos serviços públicos.....	25
 CAP.2 A RELAÇÃO DE CONSUMO.....	 29
2.1 Antecedentes históricos da tutela do consumidor.....	29
2.2 A importância da tutela do consumidor.....	34
2.3 Conceito de relação de consumo.....	39
 CAP. 3 A TUTELA DO CONSUMIDOR NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS.....	 52
3.1 Os serviços públicos como relações de consumo.....	52
3.2 Os mecanismos cíveis da tutela do consumidor.....	59
3.3 Os mecanismos cíveis da tutela do consumidor na prestação de serviços públicos.....	68
 CONSIDERAÇÕES FINAIS.....	 84
 REFERÊNCIAS.....	 87

INTRODUÇÃO

Em diferentes períodos históricos, de alguma maneira, o serviço público sempre esteve intimamente atrelado à concepção de Estado. Em alguns, como no Estado Liberal, tinha uma expressão pequena, se limitava a poucas atividades. Em outros, como no Estado Social, representava o seu próprio fundamento. Na atualidade, na qual se propaga a busca por um Estado Democrático de Direito, os serviços públicos aparecem como uma das principais funções estatais.

É por meio da prestação de serviços públicos que o ente estatal promove a concretização das necessidades coletivas: saúde, educação, energia elétrica, gás, água, transporte. Dada à importância desses serviços na organização da sociedade moderna, a presente pesquisa tem como finalidade analisá-la sob o ponto de vista do direito do consumidor.

Parte-se do pressuposto de que os serviços públicos, pelo menos alguns deles, apresentam características que o identificam como relações de consumo. Para em seguida, realizar um breve exame dos mecanismos consumeristas de natureza civil que contribuem para a prestação de serviços públicos eficientes, adequados, seguros e quanto aos essenciais, contínuos.

A escolha pela legislação consumerista na análise do serviço público, deve-se ao fato dela proteger o consumidor preventiva e repressivamente. E, sobretudo, por ela apresentar uma lógica diversa da lei civil. Enquanto o CDC está voltado para a defesa da parte mais vulnerável de uma determinada relação jurídica, a legislação civil pressupõe a existência de uma relação de igualdade entre os contratantes. Por isso, a importância em investigar as possibilidades e limites de um instrumento eficaz na proteção da parte mais fraca, no caso o consumidor-usuário do serviço público.

Para alcançar esse objetivo, este trabalho divide-se em três capítulos: o serviço público; a relação de consumo; e a tutela do consumidor na prestação de serviços públicos. No primeiro capítulo, será delimitado o conceito, os elementos e a classificação dos serviços públicos. Serão abordadas as várias definições de serviço público, bem como aquela adotada nesta pesquisa. Por elementos, pretende-se

demonstrar quem são os titulares dessa atividade, quem os pode desempenhar, qual sua finalidade, por quais normas jurídicas podem ser regulados e quais atividades são percebidas como serviços públicos pela lei brasileira. E pela classificação dos serviços públicos, almeja-se enquadrá-los em categorias, a fim de que isso possa permitir, posteriormente, uma melhor visualização de quais deles podem ser objeto de consumo e por quê.

No segundo capítulo, o estudo se centrará na relação de consumo. Para tal, será feito uma sucinta descrição dos eventos que culminaram no advento do CDC, o significado dessa legislação na proteção do consumidor, os princípios que informam essa lei, os direitos básicos do consumidor. Todos esses tópicos serão apresentados nas seções “antecedentes históricos da tutela do consumidor” e “a importância da tutela do consumidor”. Em seguida, na seção “conceito de relação de consumo”, buscará fornecer elementos que propiciem na identificação de uma determinada relação jurídica como de consumo, trabalhando com os conceitos de fornecedor, consumidor, serviço e produto.

Por fim, no terceiro capítulo será feito uma junção das duas noções retratadas nos capítulos anteriores - “a tutela do consumidor na prestação de serviços públicos”. Se distinguirá quais serviços públicos se enquadram como serviços de consumo e tecerá uma breve descrição dos mecanismos consumeristas de ordem civil para, ao final, revelar as contribuições desses institutos na tutela do consumidor-usuário na relação de prestação de serviços públicos.

Quanto à metodologia empregada, utilizou-se o método dedutivo e o procedimento de revisão bibliográfica.

1. O SERVIÇO PÚBLICO

1.1. Conceito de serviço público

As primeiras noções de serviço público surgiram na França, com a Escola do Serviço Público liderada por Leon Dugüit, num período em que vigorava o “Estado liberal”¹ (DI PIETRO, 2008). Já nessa época os autores da Escola do Serviço Público ressaltavam a importância dessa expressão.

Dugüit, por exemplo, declarava que o Estado representava uma cooperação de serviços públicos, organizados e fiscalizados pelos governantes. É o primeiro autor a introduzir a noção de serviço público no conceito jurídico de Estado. Propõe a substituição do conceito de soberania para o de serviço público como fundamento do direito público e do Estado. Gaston Jèze, da Escola do Serviço Público, também acentuava a relevância dessa noção, considerando-a “pedra angular do direito administrativo” (CRETELLA JÚNIOR, 2000).

Ainda, é possível afirmar que havia certa uniformidade entre os autores na identificação dos elementos caracterizadores do fenômeno serviço público. Existia uma tendência de defini-lo com base em três critérios: o subjetivo, o formal e o material. Assim, esse evento era percebido como uma atividade exclusiva do Estado (elemento subjetivo), regulamentado por normas jurídicas de direito público (elemento formal), cuja finalidade era o atendimento das necessidades da sociedade (elemento material) (DI PIETRO, 2008).

¹ Para Martinez (2006), o Estado liberal aparece com a implementação do modelo econômico capitalista, numa época em que se lutava pelas liberdades ou direitos individuais. O Estado liberal caracterizava-se a partir de três elementos: o individualismo, a propriedade e a liberdade. Valorizava-se a figura do indivíduo como “célula mater” da sociedade capitalista (individualismo). O direito à propriedade consagrava-se como direito fundamental a salvo de interferência, até mesmo da positividade do Estado. E a liberdade se referia a liberdade negativa: não fazer aquilo que a lei proíbe. Tratava-se de um Estado pouco interventor no campo sócio-econômico, que apresentava apenas três funções: proteger a nação contra atos de violência de outras nações independentes; salvaguardar, na medida do possível, todos os membros da própria nação contra agressões ilegais dos seus concidadãos, garantindo uma jurisdição imparcial; e apresentava a obrigação de criar e manter determinadas instituições públicas.

À medida que foi havendo o afastamento dos princípios do liberalismo que regiam a estrutura e o funcionamento do Estado, começou-se a ampliar as atividades estatais definidas como serviços públicos. Determinadas atividades industriais e comerciais que antes eram reservadas à iniciativa privada, agora, eram realizadas pelo Estado e percebidas como serviços públicos (DI PIETRO, 2008).

Concomitantemente com esse acréscimo de encargos, foi se verificando a necessidade de novas formas de gestão dos serviços públicos, em especial, nos serviços industriais e comerciais. Tornou-se inevitável a busca por métodos privados, mais flexíveis e adaptáveis ao novos tipos de atividades assumidas pelo Estado, aliada com a idéia de maior especialização com vistas à obtenção de melhores resultados (DI PIETRO, 2008).

Com efeito, passou-se a delegar parte desses serviços a particulares através de contratos de concessão². Posteriormente, o Estado começou a criar também determinadas pessoas jurídicas de direito privado por meio de lei, designadas de empresas públicas ou sociedades de economia mista, a fim de executarem por sua própria conta e risco³.

Salienta-se que esses casos, em que certas pessoas jurídicas de direito privado passaram a desempenhar esses serviços, propiciou que os mesmos também pudessem ser regularizados por normas jurídicas de direito privado (direito civil e comercial), parcialmente derogadas por normas publicísticas (direito administrativo).

É a partir desse momento, em meados do século XX, que Jean-Louis Corail⁴, moderno autor francês, fala numa crise na noção de serviço público. A constatação dos critérios subjetivo, formal e material não era mais suficiente para definir este evento. O

² Ver a nota de rodapé n. 8 deste trabalho.

³ Atualmente, em consonância ao art. 37, XIX, CF, as empresas públicas e sociedades de economia mista são criadas mediante autorização legal.

Art. 37. [...]

[...]

XIX – somente por lei específica poderá ser criada autarquia e autorizada a instituição de empresa pública, de sociedade de economia mista e de fundação, cabendo à lei complementar, neste último caso, definir as áreas de sua atuação;

⁴ Cretella Júnior salienta que Jean-Louis Corail, em sua tese de doutorado, faz um estudo das transformações por que passou a noção de serviço público e compara o seu resultado com o que estava ocorrendo na prática do mundo administrativo francês (2000).

Estado não era mais o único ente a desempenhá-lo. O serviço público já não era mais regido exclusivamente pelo regime jurídico administrativo.

O critério apareceu tão fluido, tão impreciso, tão cambiante, que a noção mesma de serviço público arriscava-se ficar ineficaz, enfim, organismos privados puderam assegurar serviços públicos e beneficiar-se das prerrogativas de potestade pública. Isto acabava de demonstrar a ineficiência do quadro tradicional do serviço público (BREDIN apud FIGUEIREDO, 2006, p. 78-79).

Pode-se dizer que ainda não há uma uniformidade entre os diversos autores acerca da definição desta categoria. É possível identificar que alguns estudiosos adotam um sentido amplo, enquanto outros, um sentido restrito no modo como caracterizam este fenômeno.

Aqueles que concebem um sentido amplo definem como sendo as atividades administrativas, legislativas e jurisdicionais. Mário Masagão, por exemplo, considera o serviço público como “[...] toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins” (1968, p.252). José Cretella Júnior, “[...] toda atividade que o Estado exerce, direta ou indiretamente, para a satisfação das necessidades públicas, mediante procedimento peculiar ao direito público, derogatório e exorbitante do direito comum” (2000, p.61).

Bielsa faz uma crítica em face daqueles que confundem a idéia de serviço público com a de função pública.

Confunde-se com freqüência a idéia de *serviço público* com a de *função pública*: “serviço público” e “função pública” para alguns seriam termos e conceitos equivalentes. Para precisar ou deslindar estes conceitos, tomemos como exemplo a *justiça*. É serviço público a administração judicial? É uma função pública? Sem dúvida, o órgão jurisdicional, ao decidir ação ou recurso promovido por quem reclama justiça, presta serviço jurídico, mas o fim do ato jurisdicional é restabelecer o império do direito. Nos procedimentos judiciais de ofício, verifica-se este princípio. A *administração da justiça* não é *serviço público*, no conceito que aqui damos de *serviço*. O conceito de *serviço público* deve restringir-se à atividade

concreta, mediante a qual se realiza essa prestação, geralmente de caráter econômico ou cultural e ele não deve estender-se a essa atividade intermitente e propriamente jurisdicional (puramente jurídica) que exerce a magistratura oficial. A jurisdição é função pública essencialmente jurídica (1955, p. 85-86).

Os autores que adotam um sentido restrito, conceituam como sendo somente a atividade administrativa, com exclusão das atividades legislativa e judiciária. Para Helly Lopes Meirelles, o serviço público é “todo aquele prestado pela Administração ou por seus delegados, sob normas e controles estatais, para satisfazer necessidades essenciais ou secundárias da coletividade ou simples conveniências do Estado” (2007, p. 330).

Nota-se que ao fazer referência a Administração e não ao Estado, esse autor excluiu as atividades legislativa e judiciária. O próprio Mário Masagão também apresenta um conceito restrito de serviço público, indicando como “[...] toda atividade que o Estado exerce para cumprir seus fins, exceto a judiciária” (1968, p. 253).

Existem doutrinadores que definem o serviço público como uma das atividades administrativas, distinta do poder de polícia⁵, das atividades de fomento⁶ e de intervenção econômica⁷.

⁵ De acordo com Bandeira de Mello (2007), a atividade de polícia administrativa ocorre quando o Estado assegura que a atuação de particulares seja efetivada em consonância com a lei, de forma a alcançar o bem-estar social. Poderá ser de natureza preventiva, fiscalizadora ou repressora. Será preventiva, quando a atuação dos administrados depender de prévia outorga da Administração. A outorga se manifesta através de licenças, permissões ou autorizações. Será fiscalizadora, quando a Administração Pública inspecionar as atividades privadas, independentemente se essas dependerem de prévia manifestação administrativa. É o caso dos serviços educacionais, de saúde, previdência ou a assistência social prestados por terceiros. E, repressiva, na hipótese dos particulares desenvolverem atividades de modo contrário à lei, cabendo a entidade estatal reprimi-las por meio de multas, embargos ou interdições.

⁶ Conforme Figueiredo (2006), o Estado desenvolve a atividade de fomento, quando intervém na economia, propiciando aos particulares vantagens de caráter real ou financeiro, a fim de que estes invistam numa determinada área que o Poder Público está interessado. Esses incentivos ocorrem por meio de empréstimos com juros privilegiados e até sem juros, isenções fiscais e, eventualmente, permissão de uso de bens públicos. Salienta-se que a Administração Pública desenvolve a função de fomento, baseada no regime jurídico de direito administrativo. Logo, as isenções fiscais, por exemplo, podem ser oferecidas pelo Estado naquelas hipóteses autorizadas por lei e se os requisitos para a isenção forem adimplidos.

⁷ Por intervenção no domínio econômico, outra modalidade de atividade administrativa, entende-se como sendo as atividades econômicas de cunho industrial e comercial que o Estado desempenha através de empresas estatais, sob regime jurídico de direito privado. Embora a atividade econômica

Serviço público é toda atividade material fornecida pelo Estado, ou por quem esteja a agir no exercício da função administrativa, se houver permissão constitucional e legal para isso, com o fim de implementação de deveres consagrados constitucionalmente relacionados à utilidade pública, que deve ser concretizada, sob regime prevalentemente do Direito Público (FIGUEIREDO, 2006, p. 81).

Corroborando com essa noção, tem-se o entendimento de Bandeira de Mello:

serviço público é toda atividade de oferecimento de utilidade ou comodidade material destinada à satisfação da coletividade em geral, mas fruível singularmente pelos administrados, que o Estado assume como pertinente a seus deveres e presta por si mesmo ou por quem lhe faça as vezes, sob um regime de Direito Público – portanto, consagrador de prerrogativas de supremacia e de restrições especiais – instituído em favor dos interesses definidos como públicos no sistema normativo (2007, 652).

Di Pietro, divergindo de Figueiredo e Bandeira de Mello, dispõe de uma definição mais ampla acerca desta categoria, embora ainda possa ser percebida como um conceito restrito, presente nesse terceiro grupo. Isso porque o serviço público, para essa autora, não engloba somente as atividades materiais usufruídas diretamente pelos administrados. Os serviços administrativos prestados internamente, os serviços diplomáticos e os trabalhos científicos também são considerados serviços públicos, apesar de beneficiarem apenas indiretamente a sociedade.

toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades da coletividade, sob regime jurídico total ou parcialmente público (DI PIETRO, 2008, p.94).

corresponda atividade típica dos particulares, admite-se que o Poder Público, excepcionalmente, o desempenhe por motivos de imperativos da segurança nacional ou de relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei, nos moldes do art. 173, *caput*, CF (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

Na presente pesquisa será adotada o conceito mais restrito de serviço público, que o define como uma das atividades administrativas, por entender que é pacífico entre os juristas acerca do enquadramento dessa atividade administrativa como serviço público. Um outro fator que determinou a escolha dessa concepção se deve a possibilidade de maior aprofundamento do tema, dado o espaço de tempo para a conclusão da pesquisa.

1.2 Elementos caracterizadores do serviço público

Partindo-se dessa terceira perspectiva de serviço público, torna-se imprescindível destacar alguns de seus elementos para melhor elucidação. Em primeiro lugar, os serviços públicos são de titularidade estatal. É o que preleciona o art. 175, da Constituição Federal:

Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Ao prescrever que o Poder Público presta diretamente ou indiretamente (concessão e permissão) os serviços públicos a sociedade, o legislador constituinte quis demonstrar que essa espécie de atividade administrativa é de incumbência dos entes da federação, pessoas jurídicas de direito público. Compete a União, Estados, Distrito Federal e Municípios, entes da federação, desempenhá-los diretamente por meio de seus órgãos públicos ou indiretamente, delegando a execução dessa atividade aos particulares.

A delegação dos serviços públicos a terceiros acontece por meio de contratos de concessão⁸ e permissão⁹ ou por ato unilateral, designado de autorização¹⁰. A

⁸ O contrato de concessão de serviço público é firmado entre o ente da federação e a pessoa jurídica de direito privado, empresa concessionária. Cuida-se de uma espécie de contrato de direito administrativo, no qual o poder concedente delega ao particular a execução de um serviço público. Existem três modalidades de contrato de concessão de serviço público. O contrato de concessão de serviço público tradicional ou comum, regulado pela Lei 8.987/95, no qual a remuneração da concessionária ocorre através da tarifa paga pelo usuário ou por outra forma de remuneração decorrente da própria exploração do serviço. E, os contratos de concessão patrocinada e concessão administrativa, instituídos pela Lei 11.079/04 e que se caracterizam pela parceira público-privada na

titularidade mantêm-se com as entidades políticas¹¹, que apenas transferem a sua execução as empresas de iniciativa privada (empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas), a fim de que o realizem com maior autonomia e perfeição. A esse procedimento de especialização, chama-se de descentralização administrativa.

Com efeito, como as pessoas jurídicas de direito público são titulares dos serviços públicos, as empresas de iniciativa privada estão impossibilitadas de invocar a *exceptio non adimpleti contractus* (exceção do contrato não cumprido), o que significa que elas não podem interromper essa atividade, mesmo que haja inadimplência por parte do outro contratante, o ente federativo¹².

repartição de ganhos econômicos e riscos inerentes a atividade. Nesses dois últimos contratos de concessão de serviço público, verifica-se, igualmente, a contraprestação pecuniária do parceiro público (ente federativo) a concessionária (parceiro privado), o que não acontece no contrato de concessão tradicional (DI PIETRO, 2008).

⁹ Em consonância aos arts. 175, CF e 40, Lei 8.987/95, a permissão é uma espécie de contrato administrativo precário - por precariedade, entende-se que o Poder Público pode revogar esse contrato a qualquer momento, independente de indenização, por motivo de interesse público. É através desse instrumento que o Estado transfere ao terceiro, permissionário, a execução de um serviço público, incumbindo a este último realizá-lo em seu próprio nome e por sua conta e risco, mediante tarifa paga pelo usuário. A permissão decorre sempre de licitação e impõe ao permissionário as condições fixadas pela Administração e a sua fiscalização, o que também sucede nos contratos de concessão (DI PIETRO, 2008).

¹⁰ No art. 21, XI e XII, CF, aponta que os serviços públicos podem ser delegados ao particular mediante concessão, permissão ou autorização. Por outro lado, o art. 175, CF, apenas refere-se aos institutos da concessão ou permissão.

Diante dessa constatação, é comum os doutrinadores questionarem-se se o Poder Público pode de fato transferir a execução de um serviço público através do instituto da autorização.

Para Bandeira de Mello (2007), a autorização apresenta dois sentidos. Pode simplesmente referir-se ao poder de polícia, quando o Estado libera alguma atividade privada, cujo exercício dependia de sua manifestação prévia, ou então, a autorização pode significar a transferência da execução de um serviço público ao particular.

No primeiro caso, menciona o serviço de telecomunicação, como o de radioamador ou de interligação de empresas por cabos de fibras óticas. Cuida-se de atividade econômica, típica do particular, mas que depende da autorização do Poder Público. Na segunda hipótese, quando for delegação de serviço público, esse instituto será utilizado apenas nas situações que demandarem certa urgência, até a adoção dos mecanismos da concessão ou permissão. Cita como exemplo os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens, nos termos do art. 223, CF.

¹¹ Consideram-se entes políticos: a União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

¹² Entretanto, a Lei n. 8.666/93 estabeleceu duas hipóteses em que é permitido ao particular suspender a execução do contrato. Ultrapassados os 90 dias sem que o ente federativo tenha efetuado o pagamento, a contar da data do vencimento e desde que o atraso não decorra de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra (art. 78, inc. XV). E quando o ente federativo não libera a área, local ou objeto para a execução do serviço público, nos prazos contratuais, bem como das fontes de materiais naturais especificadas no projeto (art. 78, inc. XVI).

Nas demais situações, as empresas privadas somente poderão requerer judicialmente ou administrativamente a rescisão do contrato e o pagamento de uma indenização, em virtude do não

As entidades políticas poderão intervir nos serviços delegados sempre que o interesse coletivo o exigir, em conformidade com a Lei 8.666/93¹³ e a Lei 8.987/95¹⁴. Poderão, por exemplo, modificar unilateralmente as cláusulas contratuais (art. 58, I, Lei 8.666/93); exigir garantia de adimplemento do contrato (art. 56, Lei 8.666/93); fiscalizar (art. 58, III, Lei 8.666/93); aplicar sanções de natureza administrativa quando houver inexecução parcial ou total do contrato (art. 58, IV, Lei 8.666/93 c/c art. 38, Lei 8.987/95).

Qualquer deficiência do serviço que revele inaptidão ou descumprimento de obrigações por parte de terceiro, também poderá ensejar a sua intervenção para regularizar o seu funcionamento ou até para rescindir o contrato ou revogar o ato unilateral (art. 58, II, Lei 8.666/93 c/c arts. 32 e 35, Lei 8.987/95). Ademais, havendo rescisão unilateral ou revogação, a Administração Pública poderá se valer dos equipamentos e instalações do particular, de forma a assegurar a continuidade do serviço (art. 58, V, Lei 8.666/93).

Convém acrescentar que existem quatro tipos de serviços públicos que podem ser efetuados por particulares, independente de delegação. São os serviços de saúde, previdência, assistência social e educação¹⁵. De fato, essas atividades são definidas

cumprimento da obrigação pelo ente federativo. Os particulares deverão continuar cumprindo a sua obrigação até que obtenham uma ordem da autoridade competente (administrativa ou judicial) para paralisá-lo (DI PIETRO, 2008).

¹³ A lei 8.666/93 regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências.

¹⁴ A lei 8.987/95 dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175, CF e confere outras providências.

¹⁵ É o que preleciona a Carta Magna, a saber:

Art. 199. A assistência à saúde é livre à iniciativa privada.

Art. 202. O regime de previdência privada, de caráter complementar e organizado de forma autônoma em relação ao regime geral de previdência social [...].

Art. 204. As ações governamentais na área da assistência social serão realizadas com recursos do orçamento da seguridade social, previstos no art. 195, além de outras fontes, e organizadas com base nas seguintes diretrizes:

I - descentralização político-administrativa, cabendo a coordenação e as normas gerais à esfera federal e a coordenação e a execução dos respectivos programas às esferas estadual e municipal, bem como as entidades beneficentes e os de assistência social.

II - participação da população, por meio de organizações representativas, na formulação das políticas e no controle das ações em todos os níveis.

como serviços públicos somente quando desenvolvidas pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios. Quando prestadas por terceiros, são designadas de atividades econômicas.

Dado a relevância social desses quatro serviços, o exercício dessas atividades privadas impescindem de uma autorização do Poder Público (poder de polícia), além de estarem submetidos a um tratamento normativo mais restrito do que o aplicável as demais atividades econômicas (FIGUEIREDO, 2006).

É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei (art. 170, parágrafo único, CF).

Ainda, um outro ponto importante a ressaltar, diz respeito a prestação dos serviços públicos pelas entidades criadas ou autorizadas por lei. Tratam-se das autarquias¹⁶, fundações¹⁷, empresas estatais¹⁸ e associações públicas¹⁹. Aliás, as empresas estatais dividem-se em sociedades de economia mista²⁰, empresas

Art. 209. O ensino é livre a iniciativa privada [...].

¹⁶ As autarquias são pessoas jurídicas de direito público, criadas por lei específica, com patrimônio próprio e capacidade de auto-administração. Não há subordinação hierárquica da autarquia para com a entidade estatal que a criou; a entidade-matriz somente exerce um controle legal, expresso no poder de correção finalística de sua administração e da conduta de seus dirigentes (MEIRELLES, 2007).

As autarquias são formas de descentralização, pois desempenham um serviço “retirado” da Administração centralizada. Por essa razão, só lhe deve ser outorgado serviço público típico e não atividades econômicas de cunho industrial ou comercial (MEIRELLES, 2007).

¹⁷ As fundações são pessoas jurídicas de direito público ou de direito privado, conforme o regime jurídico que lhe for atribuído pela lei instituidora. São dotadas de capacidade de auto-administração e de um patrimônio total ou parcialmente público. Além disso, visam a consecução de fins públicos, sobretudo os serviços públicos de ordem social (DI PIETRO, 2008).

¹⁸ Por empresas estatais, concebe-se todas as organizações de personalidade jurídica de direito privado, nas quais o Estado detém o controle acionário. São instituídas pelas entidades políticas mediante autorização por lei (FIGUEIREDO, 2006).

¹⁹ De acordo com Padro (2005), dois ou mais entes federativos, de níveis distintos ou não, poderão criar em conjunto associações públicas, dotadas de personalidade jurídica de direito público ou pessoas jurídicas de direito privado para a gestão de serviços públicos. O acordo realizado pelos entes políticos chama-se consórcio público e está disciplinado na Lei 11.107/05.

²⁰ As sociedades de economia mista são pessoas jurídicas de direito privado, nas quais o Poder Público e os particulares participam no seu capital e na sua administração. São instituídas para a prestação de serviços públicos, industrial ou comercial, e para a realização de atividades econômicas

públicas²¹ e outras empresas que não podem ser classificadas como empresas públicas ou sociedades de economia mista pela ausência de um dos requisitos que caracterizam as duas primeiras.

Essa técnica de descentralização administrativa, transferência da execução de parte dos serviços públicos as entidades criadas e autorizadas por lei, como já salientado, tem sua origem no acréscimo e no grau de complexidade de atividades assumidas pelo Estado, que não poderia executá-las satisfatoriamente se mantidas exclusivamente para si (DI PIETRO, 2008). Não obstante a lei infraconstitucional prever que essas organizações também prestam serviços públicos, é possível afirmar que essa hipótese legal está recepcionada pela Constituição Federal?!

De acordo com Di Pietro, há ofensa a Carta Magna por dois motivos. Sabe-se que essas entidades descentralizadas são dotadas de capacidade de auto-administração, realizam a gestão de suas atividades com certa independência em relação ao ente federativo que a instituiu. Este somente poderá interferir nos limites expressos em lei e de maneira a impedir que aquelas desviem dos fins para os quais foram criadas (2008).

Logo, quando o ente político as institui, não só lhes outorga a execução do serviço público, mas a própria titularidade. A União, Estados, Distrito Federal e Municípios não poderão intervir na gestão desses serviços através de determinadas prerrogativas (modificar unilateralmente as cláusulas, fiscalizar o serviço, exigir garantia etc.), o que vai de encontro com o art. 175, CF, que positiva a titularidade estatal (DI PIETRO, 2008).

Uma outra razão que justifica a ofensa a Constituição, segundo essa autora, relaciona-se ao fato do art. 175, parágrafo único, inciso I, da CF, evidenciar

de produção ou comercialização de bens. Revestem a forma das empresas particulares, admitem lucro e regem-se pelas normas das sociedades empresariais, com as adaptações impostas pelas leis que autorizarem a sua criação e funcionamento (MEIRELLES, 2007).

²¹ Empresas públicas são pessoas jurídicas de direito privado, instituídas pelo Poder Público mediante autorização por meio de lei específica e com capital exclusivamente público. Estão voltadas para a prestação de serviço público, comercial ou industrial, e para a realização de atividade econômica de relevante interesse coletivo, nos moldes da iniciativa particular, podendo revestir qualquer forma e organização empresarial (MEIRELLES, 2007).

expressamente que a concessão acontece através de contrato e não por meio de lei (DI PIETRO, 2008).

Art. 175. [...]

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – O regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e de sua prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

Assim, quando os entes federativos transferem a prestação de serviços públicos as autarquias, fundações e empresas estatais, não há que se falar em concessão como muitos juristas defendem, mas sim em outorga, seja por lei (autarquias e fundações) ou mediante autorização por lei (empresas estatais). Mais uma vez, denota-se que houve ofensa a norma constitucional, na medida em que esta não estabelece a transferência do serviço público por outorga, mas tão somente por delegação (DI PIETRO, 2008).

À despeito dessa crítica, pode-se atribuir que tanto as pessoas jurídicas de direito público quanto as pessoas jurídicas de direito privado prestam serviços públicos. No Brasil, as pessoas jurídicas de direito público interno constituem-se pela União, Estados, Distrito Federal, Municípios, autarquias, fundações e associações públicas (art. 41, Código Civil).

As pessoas jurídicas de direito privado representam-se pelas empresas estatais (sociedades de economia mista, empresas públicas e outras empresas que não podem ser classificadas como sociedades de economia mista e nem como empresas públicas) e as empresas de iniciativa privada (empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas).

Por consequência, dependendo por qual organização, pública ou privada, o serviço público for desempenhado, será regido por normas de direito público ou por normas de direito privado, parcialmente derogáveis por normas de direito público. No caso das pessoas jurídicas de direito público, por normas publicistas exclusivamente. Já as pessoas jurídicas de direito privado, por normas publicistas e de ordem privada.

Ademais, os serviços públicos estão sempre voltados a atender as necessidades da coletividade. Por esse motivo, o serviço público é regido por pelo menos nove princípios²²: dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação seja diretamente ou indiretamente; supremacia do interesse público; adaptabilidade; universalidade; impessoalidade; continuidade²³; transparência; motivação; e modicidade das tarifas (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

Se o Poder Público omitir-se na prestação de serviço público, poderá caber, dependendo da circunstância, ação judicial para compeli-lo a agir ou responsabilidade por danos que tal omissão tenha causado (dever inescusável do Estado de promover-lhe a prestação). As decisões relacionadas ao serviço serão sempre as conveniências da coletividade, jamais os interesses secundários do Estado ou daqueles que tenham sido investidos no direito de prestá-los (supremacia do interesse público) (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

Exige-se a atualização e a modernização do serviço (adaptabilidade), tarifas razoáveis (modicidade das tarifas), a liberação de maneira mais ampla possível de tudo o que concerne ao serviço ao público (transparência) e o dever de fundamentar as decisões atinentes ao serviço (motivação). Está, igualmente, voltado à generalidade do público (universalidade) e é vedado a discriminação entre os usuários (impessoalidade) e a sua interrupção (continuidade) (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

À respeito da idéia de que o serviço público está voltado para a satisfação das necessidades da sociedade civil, cumpre ressaltar que nem todas as atividades de interesse coletivo podem ser denominadas de serviço público. É o que preleciona Oviedo:

Do critério da finalidade o mais que se pode dizer é que não há serviço público que não satisfaça a uma necessidade pública, mas não que a satisfação de uma necessidade

²² Bandeira de Mello (2007) ressalta em sua obra “Curso de direito administrativo”, que esses nove princípios representam aqueles que têm maior repercussão nos serviços públicos, o que não exclui quaisquer outros princípios que compõem o regime jurídico administrativo.

²³ A Lei 8.078/90, Código de Defesa do Consumidor, em seu art. 22, também consagra a obrigatoriedade da continuidade dos serviços públicos essenciais – “Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos”.

pública dê origem, forçosamente, a um serviço público (1953, p. 19).

Todas as atividades estatais sejam elas de natureza administrativa, legislativa ou judiciária, de alguma forma, visam o interesse público. Até mesmo certas atividades privadas alcançam essa finalidade por acréscimo²⁴.

Os serviços prestados por instituições financeiras, de seguro, previdência privada, saúde, educação, os serviços de táxi, os despachantes, o de guarda particular de estabelecimentos e de residências são exemplos que atendem as necessidades da coletividade, embora sejam indicados pela lei como atividade econômica (DI PIETRO, 2008). Tendo em vista o interesse geral desses serviços privados, devem ser regulamentados, autorizados e fiscalizados pelo Poder Público, em conformidade ao art. 170, parágrafo único, CF²⁵.

Ademais, essa espécie de atividade administrativa, o serviço público, pode apresentar natureza social, industrial, comercial ou administrativa. No que tange aos serviços públicos sociais, é possível afirmar que, em regra, são efetivados pelos órgãos públicos, autarquias, fundações públicas e associações públicas. À título de exemplificação, destaca-se a saúde, a educação e a previdência social.

Os serviços industriais e comerciais, por outro lado, tendem a ser executados pelos particulares por delegação, pelas empresas estatais e fundações privadas. Isso acontece porque esses serviços públicos permitem alguma possibilidade de lucro, o que representa a essência das atividades desenvolvidas pelas empresas privadas (FIGUEIREDO, 2006). São eles: os serviços de telefonia, água, energia elétrica.

Assim, as gestões dos serviços sociais são reguladas por normas de direito público. Seus bens caracterizados como públicos. Seus agentes, de servidores

²⁴ De acordo com Rivero (1991), um grande número de atividades privadas atinge o interesse coletivo por acréscimo. A finalidade precípua de toda atividade econômica é a satisfação pessoal do particular que nela se empenha, ao contrário do serviço público, no qual a satisfação geral é seu fim exclusivo.

²⁵ Art. 170. [...]

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.

estatutários – submetem-se ao regime estatutário estabelecido em lei por cada uma das unidades da federação²⁶. Os contratos regem-se pelo direito administrativo, o que não exclui a utilização de institutos do direito privado em certas situações previstas em lei, sobretudo, em matéria de contratos como de locação, comodato e compra e venda. A responsabilidade civil do Estado é dita objetiva (DI PIETRO, 2008).

As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa (art. 37, §6º, CF).

Os serviços industriais e comerciais por serem realizados pelas pessoas jurídicas de direito privado, estão submetidos as normas de direito privado (direito civil e comercial) e de direito público (direito administrativo). Seus agentes são designados de trabalhadores quando atuam em empresas concessionárias, permissionárias e autorizatárias e de empregados públicos, quando vinculados às entidades criadas pelo Poder Público para esse fim (empresas estatais e fundações privadas). Seus direitos e obrigações estão previstos na legislação trabalhista, que é aplicável com as alterações decorrentes da Constituição Federal, no caso dos empregados públicos.

Os contratos com terceiros, em princípio, são regulados por normas de direito privado, mas nas relações entre as empresas estatais ou empresas privadas e o ente da federação aplica-se o direito público. A responsabilidade civil é objetiva, em consonância ao art. 37, § 6º, CF

²⁶ A Emenda Constitucional n. 19/98 modificou o art. 39, *caput*, CF, que previa o regime jurídico único e os planos de carreira para os servidores da Administração Direta, autarquias e fundações públicas. Logo, não era mais necessário a exigência de uniformidade de regime jurídico entre esses servidores públicos. Em 2007, porém, o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a ADIn 2.135/DF em sessão plenária, decidiu suspender a vigência do art. 39, *caput*, da CF, em sua redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98, voltando-se a aplicar a redação original do art. 39, o regime jurídico único para esses servidores. Essa decisão tem efeito *ex nunc*, o que significa que devem ser respeitadas as situações já consolidadas na vigência da redação dada pela Emenda Constitucional n. 19/98 até o julgamento de mérito (DI PIETRO, 2008).

É na própria legislação de cada país, aliás, que são identificáveis as atividades definidas como serviço público. Corroborando com essa tese, o professor Carlos Roberto Martins Rodrigues afirma que não há um conceito universal acerca dessa categoria, mas certamente é possível uma definição lógico-jurídica ou jurídico-positiva (FIGUEIREDO, 2006). Grotti, igualmente, evidencia essa questão:

Cada povo diz o que é serviço público em seu sistema jurídico. A qualificação de uma dada atividade como serviço público remete ao plano da concepção do Estado sobre o seu papel. É o plano da escolha política, que pode estar fixada na Constituição do país, na lei, na jurisprudência e nos costumes vigentes em um dado tempo histórico (2003, p. 87).

No direito brasileiro, a própria Constituição assinala o que considera serviço público. Alguns são apontados como de competência exclusiva da União: manter o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, inciso X); os serviços de telecomunicações (art. 21, inc.XI); os serviços de radiodifusão sonora (rádio), sons e imagens (televisão) (art. 21, inc.XII, alínea “a”); os serviços e instalações de energia elétrica e o aproveitamento energético dos cursos da água (art. 21, inc.XII, alínea “b”); de navegação aérea, aeroespacial e a infra-estrutura aeroportuária (art. 21, inc.XII, alínea “c”); os serviços de transporte ferroviário e aquaviário entre portos brasileiros e fronteiras nacionais²⁷, ou que transponham os limites de mais de um Estado ou Território (art. 21, inc. XII, alínea “d”); os serviços de transporte rodoviário interestadual e internacional de passageiros²⁸ (art. 21, inc. XII, alínea “e”); a exploração dos portos marítimos, fluviais e lacustres (art. 21, inc. XII, alínea “f”); organizar e manter os serviços oficiais de estatística, geografia, geologia e cartografia de âmbito nacional (art. 21, XV); executar os serviços de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras (art. 21, XXII); explorar os serviços e instalações nucleares de qualquer natureza e exercer monopólio

²⁷ Segundo Bandeira de Mello (2007), embora o art. 21, CF, aborde sobre a competência da União, se esses serviços públicos não acontecerem entre portos ou fronteiras nacionais, realizando-se entre Municípios, serão de competência estadual, e, se se realizarem no interior do próprio Município, municipal.

²⁸ Simetricamente, o transporte coletivo rodoviário intermunicipal de passageiros é da competência estadual e o transporte municipal, do Município. Este último, aliás, está previsto no art. 30, V, CF (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

estatal sobre a pesquisa, a lavra, o enriquecimento e processamento, a industrialização e o comércio de minérios nucleares e seus derivados (art. 21, XIII).

Outros são de competência comum entre os entes federativos: “cuidar da saúde e assistência pública, de proteção e garantia das pessoas portadoras de deficiência” (art. 23, II, CF); “proporcionar os meios de acesso à cultura, à educação e à ciência” (art. 23, V, CF); “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico” (art. 23, IX, CF) .

No que se refere a atuação das entidades estatais nos serviços comuns, essa deverá ser estabelecida em lei complementar. É o que preleciona o art. 23, parágrafo único, CF:

Leis complementares fixarão normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios, tendo em vista o equilíbrio do desenvolvimento e do bem-estar em âmbito nacional.

Alguns desses serviços, porém, dentre eles destaca-se a saúde, a própria Constituição determinou que sua prestação seja feita através de um sistema único, envolvendo todos os entes da federação.

As ações e serviços públicos de saúde integram uma rede regionalizada e hierarquizada e constituem um sistema único [...] (art. 198, CF).

A competência dos Estados-membros resta definida constitucionalmente por exclusão (art. 25, §1º, CF), aquilo que não for reservado a União e nem ao Município pelo critério de interesse local, será de competência estadual. Assim, cabem aos Estados os serviços que ultrapassem as divisas de um Município ou que afetem interesses regionais. A única exceção positivada na lei maior refere-se à exploração e distribuição dos serviços de gás canalizado, que afasta inclusive a competência do Município para sua distribuição local (art. 25, § 2º, CF).

A competência dos Municípios consagra-se pela idéia de interesse local. Não se trata de interesse exclusivo do Município. Não há interesse municipal que não o seja do Estado-membro e da União, mas sim a predominância desse interesse para o Município em relação ao estadual ou federal acerca da mesma matéria (MEIRELLES, 2007).

Outrossim, a Carta Magna elenca alguns serviços que entende ser de interesse local: o transporte coletivo (art. 30, V); a obrigação de manter programas de educação escolar e de ensino fundamental (art. 30, inc. VI); os serviços de atendimento à saúde da população (art. 30, VII), por exemplo. A indicação expressa pelo texto constitucional torna-os prioritários em relação aos demais serviços públicos, constituindo sua falta, grave omissão dos governantes municipais (prefeito e vereadores) (MEIRELLES, 2007).

Por fim, para Bandeira de Mello (2003), a positivação dos serviços públicos não é taxativa. Suscita que os entes federativos poderão criar outros serviços públicos não especificados na Constituição, desde que sejam obedecidos os limites constitucionais. Define esse limite constitucional pelas normas referentes à ordem econômica, garantidoras da iniciativa privada.

1.3. Classificação dos serviços públicos

Uma das maneiras de classificar os serviços públicos é quanto: ao modo como concorrem para satisfazer o interesse público; a exclusividade ou não do Estado na prestação de serviços públicos; e a natureza do serviço.

Quanto ao primeiro aspecto, podem ser divididos em dois grupos: os serviços *uti singuli* ou individuais e os serviços *uti universi* ou gerais. Os primeiros estão voltados para a satisfação individual e direta das necessidades dos cidadãos, tais como: o ensino, saúde, assistência e previdência social, energia elétrica, gás, água, transporte, telefonia.

No segundo grupo, enquadram-se os serviços usufruídos apenas indiretamente pelos sujeitos. Estão voltados ao atendimento da coletividade no seu todo, a saber: serviços de defesa do país contra o inimigo externo, os serviços diplomáticos, os

serviços administrativos prestados internamente pela Administração, os trabalhos de pesquisas científicas, de iluminação pública, de saneamento.

Enquanto nessa segunda categoria os serviços são mantidos por impostos (espécie de tributo), naquelas, serviços *uti singuli*, por taxas (espécie de tributo) ou tarifas (também designado de preço público) com algumas exceções²⁹. Isso acontece porque nos serviços individuais é possível determinar quem são os usuários, daí a cobrança de taxas ou tarifas.

Essa classificação é importante porque muitos doutrinadores e tribunais em seus julgados apontam que apenas os serviços que beneficiam individualmente os particulares, são passíveis de serem regulados pelas normas consumeristas³⁰.

No que tange ao segundo critério, pode-se assinalar que apenas duas espécies de serviços públicos são prestadas exclusivamente pela União: o serviço postal e o correio aéreo nacional (art. 21, X, CF). Os demais serviços públicos, dispostos no art. 21, XI e XII, CF, poderão ser prestados pela Administração Pública Federal ou poderão ser delegados a entidades privadas.

Entende-se dessa forma porque no art. 21, XI e XII, CF, está positivado que esse ente federativo os prestará diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão. Por dedução, infere-se que o legislador não quis dar o mesmo tratamento aos serviços expressos no art. 21, X, CF.

Acrescenta-se que apesar da Administração Pública Federal não apresentar a obrigação de desempenhar as atividades previstas no art. 21, XI e XII, CF, caso não o faça, deverá delegá-los a terceiro. Existe apenas uma única hipótese no art. 21, XXII, que corresponde à alínea “a”, que o Estado não pode permitir que seja efetivado somente por terceiro a título de concessão, permissão ou autorização (BANDEIRA DE MELLO, 2007).

²⁹ Os serviços de saúde e educação embora sejam caracterizados como serviços individuais, são mantidos por impostos.

³⁰ Esse assunto será melhor retratado no capítulo 3, item 3.1 – “os serviços públicos como relações de consumo”.

Cuida-se dos serviços de radiodifusão sonora (rádio) e de sons e imagens (televisão). Tanto a União quanto o particular deverão desempenhá-los. Isso porque o art. 223, CF, determina que seja observado o princípio de complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio de complementariedade dos sistemas privado, público e estatal (art. 223, *caput*, CF).

Quanto ao critério da natureza, podem ser classificados em administrativos, sociais, industriais e comerciais.

Serviços administrativos: são os que a Administração executa para atender a suas necessidades internas ou preparar outros serviços que serão prestados ao público, tais como os da imprensa oficial, das estações experimentais e outros dessa natureza (MEIRELLES, 2007, p. 332).

Os serviços sociais, como o próprio nome sugere, atendem os interesses públicos de ordem social, isto é, concretizam os direitos sociais do homem, consagrados como fundamentais no art. 6º da Carta Magna. Segundo Di Pietro (2008), torna-se imprescindível a atuação direta do Estado na prestação dessa espécie de serviço. São considerados serviços sociais: a saúde, educação, previdência, cultura, meio ambiente.

Por último, existem os serviços industriais e comerciais, que se definem por estarem voltados para as necessidades coletivas de ordem econômica. Podem ser executados pela Administração Pública diretamente ou indiretamente. É a espécie de serviço no qual é mais prestado pelas pessoas jurídicas de direito privado (empresas estatais e empresas privadas). Isso se justifica porque esses serviços produzem renda, mediante a remuneração da utilidade usada ou consumida. Essa remuneração é tecnicamente denominada de tarifa ou preço público, fixada sempre pelo Poder Público

(MEIRELLES, 2007). É o caso dos serviços de transporte, energia elétrica, telecomunicações e outros serviços previstos no art. 21, XI e XII, e 25, §2º, CF.

Portanto, neste capítulo, pretendeu-se enfatizar sobre o serviço público, na medida que o objeto de pesquisa é a análise de sua regulação pela norma consumerista. Iniciou-se com o conceito de serviço público. Após, foram apontados alguns de seus elementos (quem é o titular desses serviços, por quem são prestados, quais princípios devem ser observados na prestação de serviços públicos etc.) e, ao final, apresentou-se os critérios de sua classificação.

No próximo capítulo, buscará retratar sobre a relação de consumo para em seguida, no terceiro capítulo, discutir se todos os serviços públicos são de fato relações de consumo e qual a importância disso, ou melhor, quais os mecanismos previstos na legislação consumerista que favorecem na tutela dessa espécie de atividade administrativa.

2. A RELAÇÃO DE CONSUMO

2.1 Antecedentes Históricos da tutela do consumidor

A preocupação em proporcionar uma certa proteção a saúde e segurança dos cidadãos contra produtos e serviços defeituosos, bem como assegurar a qualidade dos bens e serviços disponibilizados no mercado, era evidente nos diversos períodos históricos. Nessa época, ainda não havia uma sistematização acerca das normas em defesa do consumidor, que só aconteceu no século XX, mas já era possível observar a necessidade em regular essa relação em prol da parte mais fraca, o consumidor.

A Lei n. 233, do Código de Hammurabi, por exemplo, previa que o empreiteiro da obra que viesse a construir uma casa cujas paredes se revelassem deficientes, teria a obrigação de reconstruí-las às suas próprias expensas. E, se os desabamentos das paredes resultassem a morte do chefe da família, além de reparar os danos materiais, o empreiteiro seria punido com sua morte (FILOMENO, 2005).

No Código de Manu, aqueles que adulterassem produtos, entregassem coisa de espécie inferior àquela acertada ou vendessem bens de igual natureza por preços diferentes, seriam multados, punidos e deveriam ressarcir os danos ao consumidor (FILOMENO, 2005). O Código de Hammurabi foi editado na Mesopotâmia (atual Iraque) por volta de 1.700 a. C. e o Código de Manu, na Índia, em torno de 1.500 a. C.

Na Grécia Antiga, em Atenas, esse evento também podia ser presenciado como destaca o filósofo Aristóteles:

Dez superintendentes de feiras são determinados por sorteio, cinco para o Pireu e cinco para a cidade. Eles têm a obrigação, por lei, de supervisionar as mercadorias postas à venda e assegurar-se de que os alimentos são puros e não foram adulterados. Dez inspetores para pesos e medidas são escolhidos da mesma maneira, cinco para a cidade e cinco para o Pireu, para assegurar que medidas e pesos honestos sejam utilizados pelos vendedores (1999, p. 298).

Na Europa mediavel, especialmente na França e na Espanha, aplicavam-se penas corporais contra as pessoas que adulterassem substâncias alimentícias. Na França, se alguém vendesse manteiga com pedra no seu interior ou leite com água para aumentar o peso e o volume respectivamente, eram punidos com banho escaldante – essa regra foi positivada em 1481 pelo rei Luis XI (FILOMENO, 2005).

Nos dias atuais, a relação de consumo aparece nas relações de compra e venda, arrendamento, *leasing*, importação. Transformou-se de relações diretas e pessoais para relações impessoais e indiretas, na qual não interfere mais o fato do consumidor não conhecer ou mesmo ver o fornecedor (ALMEIDA, 2003). Essa transformação da relação de consumo decorreu de uma série de acontecimentos, conforme evidencia Ferraz et al:

O surgimento dos grandes conglomerados urbanos, das metrópoles, a explosão demográfica, a revolução industrial, o desmesurado desenvolvimento das relações econômicas, com a produção e consumo de massa, o nascimento dos cartéis, “holdings”, multinacionais e das atividades monopolísticas, a hipertrofia da intervenção do Estado na esfera social e econômica, o aparecimento dos meios de comunicação de massa, e com eles, o fenômeno da propaganda maciça, entre outras coisas, por terem escapado do controle do homem, muitas vezes voltaram-se contra ele próprio, repercutindo de forma negativa sobre a qualidade de vida e atingindo inevitavelmente os interesses [...] (1984, p. 54-55).

Foi com a consagração desse cenário mundial de produção e consumo de massa, notadamente a partir do século XX, que a vulnerabilidade do consumidor tornou-se mais intensa. Por conseguinte, a sociedade começou a problematizar a respeito da necessidade de uma legislação protetiva e eficaz, de acordo com essa nova realidade.

A própria Organização das Nações Unidas (ONU)³¹ foi uma das entidades pioneiras a perceber esse fenômeno de dimensão mundial. Em 1985, editou a

³¹ A Organização das Nações Unidas (ONU) nasceu oficialmente em 24 de outubro de 1945, data de promulgação da Carta das Nações Unidas, um tratado internacional que enuncia os direitos e deveres dos membros da comunidade internacional. A missão dessa organização parte do

resolução n. 39/248, admitindo não só a posição de vulnerabilidade dessa categoria, mas também enunciou os seus direitos básicos e propôs medidas que incentivassem os países-membros a criarem legislações e políticas de proteção e defesa do consumidor.

Elencou como direitos fundamentais e universais do consumidor: o direito à segurança (proteção contra produtos e serviços que possam ser nocivos à segurança, à saúde e à vida); direito à escolha (assegurar a opção entre vários produtos ou serviços com qualidade satisfatória e preços competitivos ao consumidor); direito à informação (permitir que o consumidor conheça os dados indispensáveis dos produtos e serviços, garantindo uma atuação consciente no mercado econômico); direito a ser ouvido (participação política do consumidor na defesa de seus direitos, de modo que seja ouvido e tenha assento nos organismos de defesa do consumidor); direito à indenização (reparação financeira por danos causados por produtos ou serviços); direito à educação para o consumo (o consumidor deve ser educado formal e informalmente, a fim de favorecer um maior equilíbrio nas relações de consumo); e direito a um meio ambiente saudável (deve-se buscar um equilíbrio ecológico, na medida em que o ambiente propicia uma melhor qualidade de vida ao consumidor).

Criou também um órgão consultivo, a Organização Internacional das Associações de Consumidores (IOCU), que congrega mais de cento e cinquenta entidades de vários países, com sede em Haia e escritório regional em Montevideu, Uruguai.

No Brasil, a defesa do consumidor começou a ser efetivada especialmente após a promulgação da Lei 7.347/85, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao consumidor, além de outros bens tutelados. Mas, há uma década atrás, já se alertava sobre a gravidade desse problema social, sobretudo, com os discursos do deputado Nina Ribeiro. Foi também na década de setenta, em 1978, que implementou-se o primeiro órgão de defesa do consumidor, o Procon – Grupo Executivo de Proteção e Orientação ao Consumidor de São Paulo (ALMEIDA, 2003).

pressuposto de que diversos problemas mundiais – pobreza, desemprego, degradação ambiental, criminalidade, Aids, migração e tráfico de drogas – podem ser mais facilmente combatidos por meio de uma cooperação internacional. Atualmente, congrega cerca de 192 Estados soberanos (ONU, 2008).

Na mesma data em que foi promulgada a Lei da Ação Civil Pública, 24-5-1985, foi assinado igualmente o Decreto n. 91.469, alterado pelo de n. 94.508/87, que criou o Conselho Nacional de Defesa do Consumidor (CNDF), cuja finalidade era assessorar o Presidente da República na formulação e condução da política nacional de proteção do consumidor. Tal órgão foi extinto no início do governo Collor de Mello, que o substituiu pelo Departamento Nacional de Proteção ao Consumidor, subordinado ao Sistema Nacional de Direito Econômico (SNDE), na estrutura do Ministério da Justiça (ALMEIDA, 2003).

No dia 5 de outubro de 1988, foi promulgada a Constituição da República Federativa do Brasil. Pela primeira vez na histórica jurídica do país, o consumidor passou a receber tratamento constitucional, a qual dispõe de cinco dispositivos específicos concernentes a matéria.

No artigo 5º, XXXII, CF enuncia que “O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor”, admitindo expressamente que o consumidor é a parte vulnerável no mercado de consumo. Nota-se que a defesa do consumidor foi incluída no capítulo I, do título II da Carta Magna - “dos direitos e deveres individuais e coletivos”, ou seja, foi elevada à categoria de direito fundamental do ser humano, tornando-se um dos deveres fundamentais do Estado Democrático de Direito. Logo, em consonância ao art. 60, § 4º, IV, CF, que veda a proposta de emenda tendente a abolir os direitos e garantias individuais, a defesa do consumidor não poderá ser objeto de supressão pelo legislador derivado³².

No art. 24, VIII, CF atribui competência concorrente entre os entes da federação para legislar acerca dos danos do consumidor.

Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre:

[...]

VIII - responsabilidade por dano ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico;

³² De acordo com o art. 60, I, II, III, §§ 1º e 2º, CF, os dispositivos da Constituição Federal somente poderão ser alterados por emendas e requerem processo legislativo diferenciado e *quorum* de três quintos de cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, para aprovação.

No art. 150, CF ao abordar as limitações do poder de tributar pelos entes federativos, em seu § 5º, estabelece que “A lei determinará medidas para que os consumidores sejam esclarecidos acerca dos impostos que incidam sobre mercadorias e serviços”. De acordo com Filomeno, apenas as empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos é que tem dado cumprimento a essa exigência constitucional (2005).

No título VII, da Ordem Econômica e Financeira, mais exatamente no art. 170, V, CF, a proteção e defesa do consumidor é apresentada como uma das faces justificadoras da intervenção do Estado na economia.

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: [...]
V - defesa do consumidor;

Por último, no art. 48 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, proclama a edição do Código de Defesa do Consumidor: “O Congresso Nacional, dentro de cento e vinte dias da promulgação da Constituição, elaborará código de defesa do consumidor”.

O Código de Defesa do Consumidor tornou-se realidade pela Lei 8.078/90. Constitui um microssistema inter e multidisciplinar, haja vista que apresenta normas de natureza civil (arts. 8º a 54), administrativa (55 a 60 e 105/106), penal (arts. 61 a 80) e jurisdicional (arts. 81 a 104). Pode-se afirmar que tais normas são coordenadas entre si, seja porque complementam o sentido de outras disposições, ou porque lhes fornecem maior efetividade.

À título de exemplo, a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva configura-se direito básico do consumidor (art. 6º, IV); a regulamentação dessa atividade está prevista nas normas consumeristas de ordem civil (arts. 36 a 38, CDC); e a resposta punitiva às publicidades abusiva e enganosa recebe tratamento administrativo (arts. 55 e 60, CDC) e penal (arts. 66 a 69, CDC). Ademais, o Código

Consumerista é uma lei de ordem pública e interesse social (art. 1º, CDC), o que significa que suas regras e princípios não podem ser derogados pelas partes numa dada relação de consumo (FILOMENO, 2005).

2.2 A importância da tutela do consumidor

De acordo com Filomeno, a vulnerabilidade representa a fragilidade do consumidor em face do fornecedor sob os aspectos da capacidade econômica, nível de educação e poder de negociação. O fornecedor não só controla a produção de bens ou a prestação de serviços, submetendo o consumidor ao seu poder e condições (poder de negociação), como dispõe de maior informação e poder econômico para defender-se em situações de conflitos de interesses. Por isso, a afirmação de que essa categoria é parte vulnerável em qualquer fase contratual (2005).

Ora, referidas informações, que podem ser, por exemplo, verdadeiras ou falsas, ou então desatenderem às expectativas dos consumidores, mediante oferta, publicidade ou apresentação (embalagens, bulas de remédios, manuais de uso, cartazes e outros meios visuais), apresentando-se, por conseguinte na **fase chamada pré-contratual**. Essa vulnerabilidade ainda está presente **na fase de contratação** na aquisição de um produto ou da prestação de um serviço. Sabendo-se que hoje em dia, dada a massificação da produção e, consequentemente, do crédito e das vendas, a grande maioria dos contratos é de *adesão*, ou seja, contrato em que as condições gerais e cláusulas são unilaterais e previamente ditadas por apenas uma das partes, cabendo à outra tão-somente aceitá-las ou não, é grande o risco de prejuízo ao consumidor, parte mais fraca. E por último essa vulnerabilidade se manifesta **na fase pós-contratual**, em que podem surgir *vícios ou defeitos*, tornando os produtos adquiridos ou serviços contratados inadequados aos fins aos quais se destinam, ou então nocivos ou perigosos à incolumidade física ou saúde dos consumidores que, além disso, poderão experimentar prejuízos em decorrência desses mesmos vícios ou defeitos (FILOMENO, 2005, p. 11-12).

À propósito, diante da vulnerabilidade do consumidor, a Lei 8.078/90 determinou nos arts. 4º e 6º, respectivamente, quais os princípios³³ e os direitos básicos do consumidor que devem ser assegurados nas relações de consumo. Almeida (2003) aponta em sua obra três princípios: o princípio da vulnerabilidade (ou isonomia), da boa-fé e da equidade.

O princípio da vulnerabilidade ou da isonomia prescreve que os consumidores e fornecedores devem ser tratados de forma desigual pela legislação especial, de maneira a alcançar um maior equilíbrio entre essas duas partes na relação de consumo (art. 4º, I, CDC). Representa, inclusive, a justificativa da existência de uma legislação protetora da integridade física, psicológica e dos interesses econômicos dos consumidores (Código de Defesa do Consumidor) (ALMEIDA, 2003).

O princípio da boa-fé, por sua vez, demonstra que as partes da relação de consumo devem atuar de acordo com os ditames da boa-fé: com sinceridade, transparência, sem objetivos mal disfarçados de esperteza, lucro fácil e imposição de prejuízos ao outro (art. 4º, III, CDC). Com base nesse princípio decorrem: a responsabilidade objetiva do fornecedor pelo fato do produto e do serviço (art. 12, CDC), a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva (art. 37, CDC), a nulidade absoluta das cláusulas abusivas (art. 51, CDC), dentre outros. E, o princípio da equidade designa que deve haver um equilíbrio entre direitos e deveres dos contratantes, por exemplo: preço justo, inexistência de cláusulas abusivas etc. (art. 4º, CDC) (ALMEIDA, 2003).

Sobre os direitos básicos do consumidor, positivados no art. 6º, CDC, destacam-se: direito à segurança (inciso I); direito à educação para o consumo (inciso II); direito à informação (inciso III); direito à proteção contratual (incisos IV e V); direito à indenização (inciso VI); direito de acesso à Justiça e à Administração (incisos VII e VIII); e direito à melhoria dos serviços públicos (incisos IX e X)³⁴.

³³ Pela expressão princípios, pretende-se enfatizar a idéia de que eles denotam uma compreensão global acerca desse microsistema jurídico (dimensão constitutiva), bem como assumem, muitas vezes, a natureza de superconceitos (dimensão declarativa) (CANOTILHO, 2008).

³⁴ Art. 6º São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;
II - a educação e divulgação sobre o consumo adequado dos produtos e serviços, asseguradas a liberdade de escolha e a igualdade nas contratações;

Com exceção do direito à proteção contratual, o direito de acesso à Justiça e à Administração e o direito à melhoria dos serviços públicos, os demais referem-se aos mesmos direitos fundamentais expressos na Resolução n. 39/248 da ONU, já explicitados. O direito à proteção contratual diz respeito a proteção dessa categoria contra a publicidade enganosa e abusiva³⁵, os métodos comerciais coercitivos e desleais e as cláusulas abusivas. Consagra-se também pela possibilidade de revisão dos contratos de consumo, em função de onerosidade excessiva estipulada mediante cláusula contratual, em desfavor ao consumidor ou decorrente de fato superveniente.

O direito de acesso à Justiça e à Administração está voltado para a instituição de mecanismos que facilitem a defesa do consumidor em juízo, tais como: a inversão do ônus da prova em favor do consumidor no processo civil e a Assitência Judiciária. E o direito à melhoria dos serviços públicos, que se materializa pela prestação de serviços

III - a informação adequada e clara sobre os diferentes produtos e serviços, com especificação correta de quantidade, características, composição, qualidade e preço, bem como sobre os riscos que apresentem;

IV - a proteção contra a publicidade enganosa e abusiva, métodos comerciais coercitivos ou desleais, bem como contra práticas e cláusulas abusivas ou impostas no fornecimento de produtos e serviços;

V - a modificação das cláusulas contratuais que estabeleçam prestações desproporcionais ou sua revisão em razão de fatos supervenientes que as tornem excessivamente onerosas;

VI - a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos;

VII - o acesso aos órgãos judiciários e administrativos com vistas à prevenção ou reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos ou difusos, assegurada a proteção Jurídica, administrativa e técnica aos necessitados;

VIII - a facilitação da defesa de seus direitos, inclusive com a inversão do ônus da prova, a seu favor, no processo civil, quando, a critério do juiz, for verossímil a alegação ou quando for ele hipossuficiente, segundo as regras ordinárias de experiências;

IX - (Vetado);

X - a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral.

³⁵ A publicidade representa uma mensagem estratégica e tecnicamente elaborada por profissionais especializados, denominados de agentes publicitários. É veiculada por meios de comunicação mais sofisticados: outdoors, mensagens por televisão, rádios, revistas, jornais, internet etc. Tem como finalidade tornar um produto ou serviço conhecido do público-alvo-potencial-consumidor, bem como tentar convencer esse mesmo público a comprar o produto ou serviço anunciado (FILOMENO, 2005). Diferencia-se da propaganda, já que esta está voltada simplesmente para a difusão de idéias e não para a incitação do consumo (BENJAMIN et al, 2006).

Sabe-se que no art. 37, *caput*, CDC, é vedado a publicidade enganosa e abusiva. A primeira é aquela suscetível de induzir ao erro o consumidor, mesmo através de omissões. A segunda é a publicidade antiética, que está de encontro aos valores sociais (BENJAMIN et al, 2006).

Art. 37. [...]

§ 1º É enganosa qualquer modalidade de informação ou comunicação de caráter publicitário, inteira ou parcialmente falsa, ou, por qualquer outro modo, mesmo por omissão, capaz de gerar dúvidas ou induzir em erro o consumidor a respeito da natureza, características, qualidade, quantidade, propriedades, origem, preço e quaisquer outros dados sobre produtos e serviços.

§ 2º É abusiva, dentre outras, a publicidade discriminatória de qualquer natureza, a que incite à violência, explore o medo ou a superstição, se aproveite da deficiência de julgamento e experiência da criança, desrespeite valores ambientais, ou que seja capaz de induzir o consumidor a se comportar de forma prejudicial ou perigosa à sua saúde ou segurança.

públicos eficientes pelos entes da federação e entidades descentralizadas³⁶ (ALMEIDA, 2003).

Foi com a violação constante dos princípios e dos direitos básicos do consumidor, sobretudo após uma certa homogeneização no mundo da produção e consumo em massa no séc. XX, que surgiu a necessidade do Estado tutelar de forma sistematizada essa relação jurídica preventiva e repressivamente.

A tutela do consumidor tem como finalidade atender as necessidades dos consumidores, de maneira a compatibilizar e harmonizar os interesses dessa categoria e dos fornecedores. Entende-se como interesse do consumidor a obtenção de bens e serviços em maior quantidade e qualidade por preço menor e acessível. Por interesse do fornecedor, o de conseguir maiores lucros e menores despesas operacionais (ALMEIDA, 2003).

A tutela estatal manifesta-se através de legislação específica, criação de órgãos oficiais de defesa do consumidor, políticas públicas que possibilitem uma educação para o consumo, além de outras medidas. A legislação pertinente nessa matéria em nosso país, consagra-se na Carta Magna, na Lei 8.078/90, que institui o Código de Defesa do Consumidor e está positivada também em dois decretos³⁷.

Já os órgãos de defesa do consumidor foram instituídos por lei pelo Poder Público na tentativa de resolução das reclamações e para prestarem orientações ao consumidor, além de deterem de legitimidade para a propositura de ações coletivas, em consonância com o art. 82, III, CDC. As tentativas de resolução das reclamações acontecem através de entrevistas entre os interessados e são viáveis, desde que o teor da reclamação não evidencie crime. A orientação ao consumidor consolida-se quando não há obtenção da desejada conciliação; ou haja o descumprimento do acordo por

³⁶ No capítulo 3, item 3.2, será melhor esclarecido esses mecanismos de ordem civil: proteção contra publicidade enganosa e abusiva; proteção contra práticas e cláusulas abusivas; o direito de revisão dos contratos pelo consumidor; a inversão do ônus da prova etc.

³⁷ Dois Decretos foram editados com o objetivo de possibilitar a implementação de normas do Código de Defesa do Consumidor. O Decreto n. 2.181/97, que dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor e estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas. E, o Decreto n. 1306/94, que regulamenta o Fundo de Defesa dos Direitos Difusos e dispõe sobre sua finalidade, definição dos recursos, composição e competência do Conselho Gestor, além de outras providências.

uma das partes; na hipótese de ilícito penal; ou ainda, na orientação do consumidor na constituição de um advogado para propor a ação judicial (FILOMENO, 2005).

São considerados órgãos oficiais de defesa do consumidor, constituindo o Sistema Nacional de Defesa do Consumidor (SNDC): o Departamento Nacional de Proteção e Defesa do Consumidor, órgão de cúpula e subordinado à Secretaria Nacional de Direito Econômico, do Ministério da Justiça; nos Estados, os Procons (Programa Estadual de Orientação e Proteção ao Consumidor) e nos Municípios, os órgãos municipais de defesa do consumidor, também designados de Condecon ou de Procon Municipal (FILOMENO, 2005).

Existem, ainda, outros órgãos públicos, em outros Ministérios, que também atuam em questões atinentes ao consumidor. São eles: os institutos de pesos e medidas como o Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro)³⁸, vinculado ao Ministério da Justiça; e as entidades de vigilância sanitária, que exercem a atividade de fiscalização nas áreas de alimento e medicamentos, ligados ao Ministério e Secretarias de Saúde e Agricultura (ALMEIDA, 2003).

No que diz respeito à educação como forma de tutela estatal, Almeida ressalta sua importância, uma vez que proporciona um maior grau de conscientização e equilíbrio entre as partes. Refere-se tanto a educação formal incluída nos currículos escolares³⁹ quanto a informal, quando são realizados, por exemplo, programas ou campanhas publicitárias⁴⁰ por parte do Poder Público ou por organizações não governamentais que atuam na defesa do consumidor, visando oferecer informações que propiciem uma melhor postura no mercado de consumo (2003).

³⁸ O Instituto Nacional de Metrologia, Normalização e Qualidade Industrial (Inmetro) apresenta como atividade precípua a realização de pesquisas, a fim de aferir a qualidade e segurança dos produtos colocados no mercado econômico (FILOMENO, 2005).

³⁹ Segundo Filomeno (2005), por educação formal não se quer dizer que deva existir uma disciplina específica. Pode-se educar alguém para o consumo quando os professores abordam esse tema em disciplinas de matemática, na matéria de cálculo de juros e percentuais, por exemplo; em ciências, na preocupação com a qualidade dos alimentos, prazos de validade, a responsabilidade pelo consumo sustentável etc.

⁴⁰ Embora Almeida utilize a expressão “programas ou campanhas publicitárias”, seria melhor se fosse empregado o termo propaganda. Ver nota de rodapé n. 35 deste trabalho.

2.3 Conceito de relação de consumo

O Código de Defesa do Consumidor regula toda relação jurídica que puder ser caracterizada como de consumo. A relação de consumo concebe-se por ser bilateral. Pressupõe numa ponta o consumidor e na outra o fornecedor. Assim, definir a relação de consumo implica necessariamente na identificação das figuras do fornecedor e consumidor.

Sobre o conceito de consumidor, é notório que o seu conceito dependerá do enfoque em que é adotado. Do ponto de vista econômico, representa todo indivíduo que se faz destinatário de bens e serviços, independente de tê-los adquirido. Sob o enfoque sociológico, aquele que se utiliza de bens e serviços, pertencente a uma determinada classe social. Da perspectiva psicológica, o sujeito sobre o qual se estudam as motivações que o condicionam a consumir (FILOMENO, 2005).

Mas, é a acepção jurídica dessa variável que é frequentemente suscitada. Não é difícil entender o motivo. Diante da vulnerabilidade do consumidor no mercado, tornou-se imprescindível protegê-lo normativamente, o que implica em delimitar quais as características da categoria do ponto de vista jurídico.

No Código de Defesa do Consumidor (Lei 8.078/90), a expressão consumidor está positivado no art. 2º, *caput* e parágrafo único, sendo completado pelos arts. 17 e 29⁴¹.

Enquanto o art. 2º, *caput*, CDC prevê um sentido mais concreto e individual, ao demonstrar que o consumidor é aquele que adquire e/ou utiliza concretamente produto ou serviço, o art. 29, CDC declara uma noção mais abstrata desse termo, haja vista que

⁴¹ Art. 2º Consumidor é toda pessoa física ou jurídica que adquire ou utiliza produto ou serviço como destinatário final.

Parágrafo único. Equipara-se a consumidor a coletividade de pessoas, ainda que indetermináveis, que haja intervindo nas relações de consumo.

Art. 17 Para os efeitos desta Seção, equiparam-se aos consumidores todas as vítimas do evento.

Art. 29. Para os fins deste Capítulo e do seguinte, equiparam-se aos consumidores todas as pessoas determináveis ou não, expostas às práticas nela previstas.

considera consumidor até mesmo alguém que presumivelmente exista, ainda que não possa ser determinado⁴².

De acordo com o art. 2º, *caput*, pode ser considerado consumidor a pessoa física ou jurídica, que adquire (obtem a título gratuito⁴³ ou oneroso) do fornecedor bens e serviços e os utiliza para si ou repassa para outrem, desde que essa transferência não caracterize revenda. Ou igualmente, aquele que utiliza um determinado bem ou serviço como destinatário final, em razão de alguém ter lhe transferido o produto ou comprado um serviço. Nesse sentido, se uma pessoa comprar cervejas para oferecer aos amigos numa festa, tanto aquele que comprou, independente de consumi-la, quanto aqueles que a tomarem, serão designados de consumidores.

Por outro lado, se uma pessoa física ou jurídica adquire roupas para revendê-las, a relação estabelecida entre ambos restará regulada sob a égide das leis civil e comercial. A mesma situação ocorre entre a montadora e aquele que lhe vendeu peças para montar os seus veículos.

O intermediário e aquele que compra com o objetivo de revender após montagem, beneficiamento ou industrialização não são consumidores. Tratam-se de relações entre fornecedores partícipes do ciclo de produção, desde a obtenção dos insumos até a comercialização do produto final no mercado para o consumidor (ALMEIDA, 2003).

Não obstante a própria norma consumerista indicar quais os elementos fundamentais dessa variável, ainda persistem algumas divergências doutrinárias acerca de sua interpretação. Aquele que adquire produto ou serviço como destinatário final, mas que usará como bem de produção, pode ser identificado como consumidor?! Uma advogada que compra um computador numa loja para desenvolver suas atividades, é vista como consumidora?! E o usineiro que compra uma usina para a produção de álcool?!

⁴² Ver nota de rodapé n. 44.

⁴³ Em seguida, será esclarecido o que se pretende dizer com a obtenção de produtos e serviços gratuitos numa relação de consumo.

Consolidou-se doutrinária e jurisprudencialmente, dois posicionamentos no modo de interpretar a expressão “destinatário final” do art. 2º, *caput*, CDC: a finalista e a maximalista. Os finalistas restringem a figura do consumidor a idéia de destinatário econômico. Concebem que o consumidor adquire e/ou utiliza produtos e serviços para uso próprio ou de sua família. Acreditam que a restrição do campo de aplicação das normas consumeristas, assegurará um nível mais alto de proteção, pois a jurisprudência será construída sobre casos nos quais o consumidor será de fato a parte mais fraca da relação (MARQUES, 1998).

Os maximalistas adotam um sentido mais amplo. Por destinatário final definem aqueles que retiram do mercado produto ou serviço e o consomem, seja para uso próprio, de sua família ou profissional. Pretendem incidir a legislação do consumidor a um número cada vez maior de relações no mercado (MARQUES, 1998). Logo, somente para os adeptos da filosofia maximalista, a advogada e o usineiro seriam vistos como consumidores.

Nunes, diferentemente, sugere que dependendo da situação fática, a solução mais adequada pode ser aquela adotada pela corrente finalista ou maximalista. A resposta aparece na própria aplicação dos princípios, que constitui as bases do Código Consumerista (2005).

A Lei 8.078/90 está pautada no controle de produtos e serviços oferecidos no mercado para que qualquer pessoa os adquira e/ou utilize como destinatário final, não importando o uso que se irá fazer deles. Assim, independentemente do produto ou serviço estiver sendo utilizado como bem de capital ou de consumo, é necessário verificar se aquela circunstância corresponde a relação que a lei pretende proteger, com a própria lógica do sistema consumerista (NUNES, 2005).

Para quem fabrica computadores em série e os coloca no mercado, não é importante o uso que o destinatário delas fará. Os computadores podem ser utilizados como bens de produção ou de consumo. O importante é que a relação estabelecida na compra seja de consumo, que o produto ou serviço seja colocado no mercado econômico como um bem típico de consumo. Portanto, haverá uma relação de consumo entre a advogada e a loja que lhe vendeu o computador, independentemente dele ser usado para as suas atividades profissionais (NUNES, 2005).

Em contraposição, nas relações jurídicas em que se negociam e adquirem bens típicos de capital, o CDC não pode ser aplicado. O produto ou serviço é entregue com a finalidade de servir de “bem de produção” para outro produto ou serviço. O consumidor comum não o adquire, o que vai de encontro com a lógica desse microssistema. Ademais, esse ordenamento constituiria em mais um obstáculo nas relações comerciais desse tipo, juntamente com o alto grau de protecionismo e restrições para contratar e garantir. Nesse caso, na relação entre o usineiro e aquele que construiu a usina deverá incidir exclusivamente as legislações civil e comercial (NUNES, 2005).

A própria professora Cláudia Lima Marques, apesar de adotar uma interpretação finalista, admite excepcionalmente a possibilidade do profissional, pessoa física que retira o bem do mercado para fins de produção, puder se valer do CDC, o que coaduna com a noção de Nunes. Defende que o profissional não se beneficia da presunção de vulnerabilidade da pessoa física que adquire/utiliza produto ou serviço para uso pessoal, mas poderá prová-la para fazer juz a tutela prevista no CDC (1998).

Trata-se de um sistema tutelar que prevê exceções em seu campo de aplicação sempre que a pessoa física [...] preencher as qualidades objetivas de seu conceito e as qualidades subjetivas (vulnerabilidade), mesmo que não preencha a de destinatário final econômico do produto ou serviço (1998, p. 150).

Além disso, poderia se questionar a aplicação do CDC quando um bem típico de produção fosse adquirido por alguém para uso pessoal. Um exemplo disso ocorre quando um indivíduo compra um Boeing 737, bem típico de capital, voltado para o transporte comercial de cargas e passageiros. Nessa hipótese, por exceção, incidirá a legislação consumerista. Isso se justifica porque mesmo que esse bem não tenha sido projetado para o fim de consumo, ele foi vendido e comprado como tal (NUNES, 2005).

Ainda sobre o art. 2º, *caput*, CDC, um outro ponto polêmico diz respeito ao fato da pessoa jurídica ser considerada como consumidora, embora esse dispositivo estabeleça expressamente que sim. Para Filomeno, o termo consumidor refere-se somente a pessoa física - “[...] qualquer pessoa física que, isolada ou coletivamente,

contrate para consumo final, em benefício próprio ou de outrem, a *aquisição* ou *locação de bens*, bem como a *prestação de serviços*” (2005, p. 22).

Muitos autores entendem que as organizações não deveriam ter sido incluídas na lei, em razão de deterem maior informação e de disporem de força suficiente para arquitetar a sua defesa, quando houver conflitos de interesses. Assinalam que essas duas situações lhes retiram a condição de vulnerabilidade, característica do consumidor.

Lopes, igualmente, demonstra que essa inclusão pode resultar na perda de um elemento essencial, que é o próprio fundamento da disciplina da relação de consumo: a subordinação econômica do consumidor em face do fornecedor. Admite, no entanto, que uma pessoa jurídica possa ser consumidora em relação à outra, desde que preenchido certas condições (1992).

Para que uma pessoa jurídica seja qualificada como consumidora, é necessário, em primeiro lugar, que adquira bens de consumo e não bens de produção. Em segundo lugar, que haja entre ambos um desequilíbrio financeiro. Se forem firmadas relações jurídicas entre partes com condições econômicas semelhantes, deverão se valer dos Códigos Civil e Comercial. Cita em sua obra o entendimento jurisprudencial norte-americano, que leva em conta a posição econômica do consumidor (LOPES, 1992).

Para o Juiz Peters (no caso Seely), o homem que dispõe de um caminhão apenas para conduzir seu negócio é um consumidor com relação ao grande fabricante do caminhão com relação ao qual dificilmente poderia dizer que tivesse igual poder de barganha [...]. Cada vez mais com maior intensidade a ênfase nos casos de perda econômica parece desviar-se do critério da natureza dos danos para o da consideração da relação entre as partes (NOEL & PHILLIPS apud LOPES, 1992, p. 78).

Filomeno embora prefira restringir o conceito de consumidor a pessoa física, como já restou evidenciado, no decorrer de sua obra procura demonstrar em quais hipóteses seria possível admitir a pessoa jurídica como consumidora, visto que a

própria lei assim o prevê. A sua conclusão sobre esse tema é semelhante a idéia de Lopes.

Esclarece que esse evento somente poderá ser permitido, desde que a relação jurídica entre fornecedor e consumidor-pessoa jurídica esteja em conformidade com a própria finalidade do microssistema jurídico. Em outras palavras, que a pessoa jurídica seja percebida na relação como vulnerável economicamente e que tenha adquirido bens de consumo (FILOMENO, 2005).

Com essa breve elucidação, é possível verificar que a categoria consumidor está centrada sobremaneira na definição prevista no *caput* do art. 2º, CDC. Porém, o legislador preferiu ampliá-la no parágrafo único do art. 2º e nos arts. 17 e 29, CDC, de forma a abranger um maior número de casos não contemplados no art. 2º, *caput*.

O ponto de partida desta extensão do campo de aplicação do CDC é a observação de que muitas pessoas, mesmo não sendo consumidores *stricto sensu*, podem ser atingidas ou prejudicadas pelas atividades dos fornecedores no mercado. Estas pessoas, grupos e mesmo profissionais podem intervir nas relações de consumo de outra forma a ocupar uma posição de vulnerabilidade (MARQUES, 1998, p 154).

No parágrafo único do art. 2º e no art. 29, CDC, por exemplo, o atributo de consumidor foi estendido para a coletividade de pessoas, mesmo que elas não possam ser identificadas, mas que de alguma maneira são afetadas pelas relações de consumo. A diferença entre as duas normas consagra-se pela idéia de que no art. 29, os sujeitos, indetermináveis ou não, estão expostos obrigatoriamente às práticas comerciais⁴⁴, o que não foi especificado no parágrafo único do art. 2º.

⁴⁴ O art. 29, CDC é aplicável a todas as seções do capítulo V “Práticas comerciais”, quais sejam a seção sobre oferta (arts. 30 a 35), publicidade (arts. 36 a 38), práticas abusivas (arts. 39 a 41), cobrança de dívidas (art. 42), bancos de dados e cadastros de consumidores (arts. 43 e 44), bem como ao capítulo VI “Proteção contratual” (BENJAMIN et al, 2006).

Com efeito, quando uma coletividade de pessoas é público-alvo de campanhas publicitárias abusivas ou enganosas, encontrando-se potencialmente propensa a contratação de produtos ou serviços nocivos à saúde e segurança, é com base nessas duas regras que se pode valer da tutela do consumidor.

Inclusive, o próprio comerciante poderá exigir a abstenção de outro comerciante que está vinculando uma publicidade enganosa no mercado ou a nulidade de uma cláusula presente nas suas condições gerais de venda, mesmo em contrato comercial (arts., arguindo prejuízo indireto aos consumidores (MARQUES, 1998).

O art. 17, CDC, por sua vez, equipara a consumidor às vítimas de acidente de consumo, que mesmo não sendo consumidoras diretas, foram atingidas pelo evento danoso. Nunes (2005) menciona o caso da queda de um avião numa área residencial, que atinge a integridade física ou patrimonial de outras pessoas, além dos próprios passageiros.

Nota-se que esses sujeitos não são consumidores diretos do serviço de prestação de transporte aéreo. Mesmo assim, foram vítimas de acidente de consumo e serão protegidas pelas normas consumeristas relativas a responsabilidade objetiva pelo fato do produto e do serviço (MARQUES, 1998).

Por último, convém enfatizar que são as regras dos arts. 2º, parágrafo único, 17 e 29, CDC que conferem legitimidade para a propositura de ações coletivas *lato sensu*. Isso porque elas estão voltadas para a proteção de direitos individuais homogêneos⁴⁵, coletivos⁴⁶ e difusos⁴⁷. Podem ser ajuizadas pelo Ministério Público; pelos entes da

⁴⁵ Os interesses individuais ou homogêneos se referem a um número determinado de pessoas e decorrem de uma origem comum. Cita-se como exemplo o acidente ocorrido em 1996 com o jato da TAM, em que faleceram 99 pessoas.

⁴⁶ Os interesses coletivos propriamente ditos embora estejam relacionados a um número determinado de titulares, são de natureza indivisível e por isso, classificados como transindividuais. Os titulares de direitos coletivos estão ligados entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica (art. 81, parágrafo único, II, CDC). Trata-se da situação de milhares de pessoas adquirentes de um plano de saúde, que são prejudicadas uniformemente por uma cláusula abusiva.

⁴⁷ Os interesses difusos são direitos transindividuais, de natureza indivisível, nos quais são titulares pessoas indeterminadas e ligadas por uma circunstância de fato (art. 81, parágrafo único, I, CDC). É o caso da colocação de medicamentos no mercado com fator-risco bastante superior ao fator-benefício ou de um alimento deteriorado; a divulgação de uma publicidade enganosa ou abusiva também se enquadra nessa classificação.

federação; entidades e órgãos da Administração Pública, direta e indireta, ainda que sem personalidade jurídica, especificamente destinados a proteção do consumidor; e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses do consumidor (art. 82, I - IV, CDC).

Logo no início dessa terceira parte, que versa sobre a relação de consumo, comentou-se que essa espécie de relação jurídica pressupõe numa ponta o fornecedor e na outra o consumidor. Até esse momento, concentrou-se na concepção de consumidor sob a ótica da lei e as principais discrepâncias entre os estudiosos na sua interpretação. Mas, o que representa a expressão fornecedor sob o enfoque do direito?!

Ao contrário da variável consumidor, os doutrinadores não têm se preocupado em demasia com o estudo dessa categoria. Talvez, porque não exista muito dissenso a respeito dessa terminologia. Torna-se imprescindível, contudo, evidenciá-la, de modo a identificar em quais situações se pode falar em relação de consumo e, conseqüentemente, valer-se da legislação consumerista. A lei 8.078/90, no *caput* do art. 3º, menciona o conceito dessa expressão, a saber:

toda pessoa física ou jurídica, pública ou privada, nacional ou estrangeira, bem como os entes despersonalizados, que desenvolvem atividades de produção, montagem, criação, construção, transformação, importação, exportação, distribuição ou comercialização de produtos ou prestação de serviços.

De acordo com essa previsão legal, é caracterizado como fornecedor o produtor rural, quem produz ou fabrica industrial ou artesanalmente, o intermediário, quem comercializa produtos, o profissional liberal, desde que faça disso a sua profissão ou atividade principal.

Não é suficiente para adquirir o status de fornecedor o fato de uma pessoa vender o seu automóvel usado ou uma loja de roupas comercializar seu computador

para poder adquirir um novo. Mas sim, que essa pessoa física e a loja de roupas vendam carros e computadores respectivamente, fazendo disso uma atividade regular ou pelo menos eventual, de obtenção de lucro. Por atividade eventual, entende-se quando uma estudante compra e depois revende biquínis numa determinada época do ano. Ainda assim, ela é fornecedora porque trata-se de uma atividade comercial, apesar de eventual.

Um outro ponto importante a destacar no *caput* do art. 3º, CDC, refere-se a noção de pessoa jurídica estrangeira e ente despersonalizado. A pessoa jurídica estrangeira poderá ser identificada como fornecedora, na medida em que prestar serviços ou vender produtos e for admitida como estrangeira em território nacional. A companhia aérea que faz escala no Brasil e que vende presentes a bordo ou a companhia teatral estrangeira que vem ao país para apresentações são exemplos dessa variável (NUNES, 2005).

Sobre a inclusão do ente despersonalizado no dispositivo, a intenção do legislador foi englobar a massa falida e as sociedades de fato. Portanto, se uma empresa fabricante de televisores falir, não impedirá a garantia do funcionamento dos aparelhos, estabelecida no Código como garantia legal e contratual⁴⁸. A mesma hipótese acontece em relação aqueles que sem apresentar personalidade jurídica, desenvolvem uma atividade de produção ou comercialização de produtos/serviços. A figura do camelô está aí inserida. Nos dois casos aplica-se a legislação do consumidor (NUNES, 2005).

Para encerrar o estudo da relação de consumo, será esclarecido de forma sucinta o uso da expressão produto e serviço pela Lei 8.078/90, já que as duas variáveis explicitadas anteriormente estão ligadas diretamente com esses termos. O consumidor porque adquire e/ou utiliza produtos e serviços; o fornecedor porque os oferece no mercado econômico.

⁴⁸ A garantia legal, como o próprio nome sugere, decorre da lei. Aparece potencialmente junto com o vínculo contratual, junto à entrega efetiva do produto ou à execução do serviço. Por outro lado, a garantia contratual é oriunda da manifestação de vontade expressa do fornecedor, seja quando da formação do contrato ou mesmo após; portanto, pode ser total ou parcial, na medida em que é limitada por esta manifestação.

Segundo o art. 3º, § 1º, CDC, o produto representa “[...] qualquer bem, móvel ou imóvel, material ou imaterial”. A definição do produto em móvel ou imóvel para esse microssistema corresponde aos mesmos conceitos positivados no Código Civil para essas categorias⁴⁹. No que tange ao aspecto da materialidade, pode ser material ou imaterial. São exemplos de produtos imateriais, decorrentes das atividades bancárias: o mútuo, a aplicação em renda fixa, a caução de títulos. Já o dinheiro representa o produto material oferecido pela instituição financeira (NUNES, 2005).

À despeito desse artigo classificar o produto apenas com base nesses dois critérios, na seção do Código que trata da decadência e da prescrição, mais exatamente no art. 26, CDC, apresenta-se uma outra espécie de classificação: produto durável e não durável. Produto durável é aquele que pode ser utilizado muitas vezes, leva tempo para se desgastar. O produto não durável quando usado, ele se extingue ou, pelo menos, vai-se extinguindo. Um exemplo de produto não durável de extinção imediata, é a bebida; de produto não durável que vai se extinguindo pelo uso, tem-se o sabonete.

Para Nunes (2005), o fato do produto não se extinguir de uma só vez não lhe retira a condição de não durável. É a maneira de extinção de um bem enquanto é usado, que o caracterizará de durável ou não durável. Ainda sobre esse tema, poderia se questionar acerca do produto descartável, não explicitado em lei. Um prato ou copo de papelão seria classificado como durável ou não durável?!

⁴⁹ Os conceitos de bens móveis e imóveis estão expressos nos arts. 79 à 84, do Código Civil.

Art. 79. São bens imóveis o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

Art. 80. Consideram-se imóveis para os efeitos legais:

I - os direitos reais sobre imóveis e as ações que os asseguram;

II - o direito à sucessão aberta.

Art. 81. Não perdem o caráter de imóveis:

I - as edificações que, separadas do solo, mas conservando a sua unidade, forem removidas para outro local;

II - os materiais provisoriamente separados de um prédio, para nele se reempregarem.

Art. 82. São móveis os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social.

Art. 83. Consideram-se móveis para os efeitos legais:

I - as energias que tenham valor econômico;

II - os direitos reais sobre objetos móveis e as ações correspondentes;

III - os direitos pessoais de caráter patrimonial e respectivas ações.

Art. 84. Os materiais destinados a alguma construção, enquanto não forem empregados, conservam sua qualidade de móveis; readquirem essa qualidade os provenientes da demolição de algum prédio.

O produto descartável é uma invenção contemporânea, que aproxima “[...] o bem durável em sua forma de desgaste ao não durável em sua forma de extinção” (NUNES, 2005, p. 93). Mesmo assim, trata-se de bem durável porque enquanto o produto descartável permanece quase igual como era antes de ser utilizado, o não durável perde totalmente a sua existência com o uso ou vai perdendo-a aos poucos com a sua utilização. A relevância em distinguir se o produto é durável ou não, deve-se as próprias diferenças no modo de tutelar um e outro pela legislação consumerista.

O serviço está definido no art. 3º, § 2º, CDC, a saber:

[...] qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, mediante remuneração, inclusive as de natureza bancária, financeira, de crédito e securitária, salvo as decorrentes das relações de caráter trabalhista.

Sobre as atividades bancárias, Filomeno destaca que nem todas podem ser definidas como relações de consumo. As atividades bancárias que envolvem concessão de mútuos, financiamento para a aquisição de bens e prestação de serviços para os clientes (recolhimento de tributos ou outros pagamentos à crédito a terceiros, expedição de extratos), não há dúvida de que se tratam de relações de consumo⁵⁰ (2005).

Para Nelson Nery Júnior et al, esses serviços bancários são ditos de consumo pela presença de quatro circunstâncias: por serem atividades remuneradas; por serem oferecidas de modo amplo e geral, despersonalizado; pelo fato dos tomadores desses serviços serem vulneráveis; e pela habitualidade e profissionalismo na sua prestação (2007).

As aplicações financeiras, em contrapartida, não são percebidas como relação de consumo, embora a manutenção dessa aplicação pela instituição financeira o seja.

⁵⁰ Em 12.04.04, foi editada a Súmula vinculante n. 297 do Superior Tribunal de Justiça, consolidando a tese de que as relações bancárias podem ser definidas como relações de consumo.

297. O Código de Defesa do Consumidor é aplicável às instituições financeiras.

Filomeno justifica essa hipótese, na medida em que os bancos não obtêm nenhuma remuneração pelos depósitos efetuados pelo poupador (FILOMENO, 2005).

Convém elucidar, ainda, o sentido de remuneração empregado no conceito de serviço. Com essa expressão não se quis dizer necessariamente preço cobrado diretamente do consumidor. Mas, qualquer tipo de cobrança, que nem precisa estar ligado ao consumidor beneficiário da suposta “gratuidade”. Um restaurante que não cobra pelo cafezinho, por certo seu custo já está embutido na refeição do consumidor que dela se beneficiou. O *shopping center* que oferece estacionamento grátis para seus clientes, disfarça o seu custo, que é cobrado de forma embutida no preço das mercadorias (NUNES, 2005).

Ademais, assim como os produtos, os serviços são classificados em duráveis e não duráveis no art. 26, CDC. São chamados de não duráveis, quando esgotam-se tão logo praticados: serviços de transporte. Os serviços duráveis são os que apresentam uma continuidade no tempo em decorrência de uma estipulação contratual: serviços escolares, os serviços de convênio de saúde; ou, embora típicos de não durabilidade, deixam como resultado um produto: a pintura de uma casa, o serviço de *buffet*, os serviços de fornecimento de água, gás encanado, energia elétrica. Essa classificação é importante, pois está diretamente ligada com a determinação do prazo decadencial em que pode ser pleiteada a responsabilidade civil do fornecedor por vício do produto e do serviço⁵¹ (NUNES, 2005).

Nesse capítulo, procurou-se demonstrar que a tutela do consumidor não é tema da modernidade. Pelo contrário, já podia ser percebida em diversas civilizações, que existiram mesmo antes de Cristo. Também foi abordado quais foram os acontecimentos que culminaram numa maior vulnerabilidade do consumidor, tendo como resultado a sistematização das regras e princípios consumeristas.

Em seguida, buscou-se evidenciar a tutela do consumidor em nosso país. Determinou-se os princípios que regem a Lei 8.078/90, os direitos básicos do consumidor e a relação de consumo propriamente dita.

⁵¹ Esse mecanismo consumerista, responsabilidade civil do fornecedor, será desenvolvido no capítulo 3, seção 3.2.

No próximo capítulo, será feita uma relação entre os capítulos um e dois, com a finalidade de obter uma compreensão acerca do objeto de pesquisa. Para tal, o capítulo três concentrará em responder: quais serviços públicos podem ser caracterizados como relações de consumo e quais as contribuições oferecidas pelo CDC na regulação dos serviços públicos.

3. A TUTELA DO CONSUMIDOR NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PÚBLICOS

3.1 Os serviços públicos como relação de consumo

É notório a intenção do legislador ordinário em caracterizar a prestação de serviço público como relação de consumo. Essa dedução tem sua origem em alguns dispositivos do CDC. No art. 3º, *caput*, pois incluiu no rol de fornecedores a pessoa jurídica de direito público (entes da federação, autarquias, fundações e associações públicas), como também as organizações com personalidade jurídica de direito privado, que prestam serviços públicos, em razão de outorga ou delegação⁵² (as empresas estatais, fundações e as empresas privadas).

O art. 3º, § 2º, que considera como serviço qualquer atividade fornecida no mercado de consumo, excetuando apenas os serviços gratuitos (desenvolvidos sem qualquer remuneração) e os serviços de caráter trabalhista (prestados com vínculo empregatício). O art. 4º, inc. VII, que enseja como princípio da política nacional de relações de consumo a racionalização e melhoria dos serviços públicos. O art. 6º, inc. X, que prevê como direito básico do consumidor “a adequada e eficaz prestação dos serviços públicos em geral”.

E o art. 22, *caput* e parágrafo único, que assinala que os entes políticos através de seus órgãos públicos, as entidades descentralizadas criadas e autorizadas por lei e as empresas de iniciativa privada são obrigadas a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e quanto aos essenciais, contínuos. Nos casos de descumprimento total ou parcial dessas obrigações, esses entes, públicos ou privados, serão compelidos a cumpri-las e a reparar os danos causados ao consumidores, na forma prevista no CDC⁵³.

⁵² Ver seção 1.2, do capítulo 1, que elucida a respeito da transferência da execução dos serviços públicos.

⁵³ Privilegiou-se apresentar as normas consumeristas gerais (art. 3º, *caput* e § 2º; art. 4º, VII; e art. 6º, X) e o art. 22, CDC que trata sobre a responsabilidade civil do fornecedor, tendo em vista que este trabalho tem como enfoque os mecanismos consumeristas de ordem civil. Contudo, existem outros dispositivos de natureza administrativa e penal previstos no CDC que também regulam os serviços públicos.

A dúvida a respeito desse tema refere-se se quaisquer serviços públicos podem ser denominados de relações de consumo. Isso porque a legislação especial não discrimina quais serviços públicos encontram-se sob a tutela consumerista, se é que pretendeu o legislador afastar da incidência legal algum tipo de serviço público.

Pode-se identificar, então, que existem pelo menos três posicionamentos sobre essa matéria. Uma corrente que entende que na medida em que o serviço público é posto à disposição, o cidadão que o recebe se confunde com a figura do consumidor. A prestação de qualquer serviço público, dessa forma, é definida como relação de consumo.

A corrente intermediária, que pressupõe que apenas os serviços públicos que exigem uma remuneração específica se enquadram como objeto de relação de consumo. Para esses autores, os serviços prestados mediante taxa (espécie de tributo) ou tarifa são os únicos suscetíveis de regulação pelo CDC.

E a terceira, que afasta a figura do consumidor, quando o administrado participa da relação que envolve o serviço público como contribuinte⁵⁴. Para aqueles que são adeptos dessa posição, sempre que a prestação de serviço público estiver a disposição pela relação de justiça distributiva, decorrer da arrecadação de tributos (impostos e taxas), não será possível aplicar as normas do CDC.

Corroboram com a primeira tese, Nunes e os próprios autores do anteprojeto da Lei 8.078/90. Para eles, a figura do consumidor e contribuinte se confundem, pois em qualquer tipo de prestação de serviço público vislumbra-se as figuras de fornecedor e consumidor. Nunes apenas faz uma única ressalva. Atesta que nas relações que envolverem o administrado-contribuinte, deverá se levar em consideração também as outras leis do sistema constitucional brasileiro aplicáveis no que for compatível com o subsistema da Lei n. 8.078/90 (2005).

Sobre o argumento de que não deveria haver a tutela do CDC em quaisquer serviços públicos, pois o art. 3º, § 2º dessa Lei prevê que o serviço é prestado mediante

⁵⁴ De acordo com o art. 121, CTN (Código Tributário Nacional), o contribuinte é a pessoa física ou jurídica obrigada ao pagamento do tributo. Essa relação obrigacional origina de uma relação direta do contribuinte com a situação que constitui o fato gerador do tributo.

remuneração e alguns serviços públicos são dispostos a sociedade gratuitamente, Nunes aponta que essa tese não merece prosperar. O sentido de remuneração, alega, não corresponde ao pagamento direto do usuário-consumidor pelo serviço. Está relacionado ao conceito de custo para a oferta do serviço e este é repassado para o usuário, quando ele cumpre a sua obrigação tributária (2005). Portanto, não há que se falar em serviços públicos gratuitos, essa atividade administrativa pode ser remunerada mediante imposto, taxa ou tarifa.

Costa admite que poderá haver confusão entre a figura do consumidor e o contribuinte excepcionalmente, quando os serviços públicos forem prestados mediante taxa. A intenção do legislador ao definir o serviço no art. 3º, § 2º, CDC, afirma, era demonstrar que esses dependem de uma remuneração específica. Nesse sentido, apenas os serviços públicos específicos e divisíveis⁵⁵, serviços *uti singuli*, pagos através de taxa ou tarifa podem ser caracterizados como relações de consumo, jamais pelo recolhimento de impostos (1996).

Em contraposição, Azevedo e Filomeno entendem que somente os serviços públicos remunerados através de tarifa se enquadram como objeto de relação de consumo. O principal argumento desse grupo baseia-se no fato de que as relações de consumo definem-se como negócios jurídicos⁵⁶, que assumem a forma de um contrato, sujeitas ao princípio da autonomia da vontade (ou princípio da autonomia privada, como é modernamente designado). Em outras palavras, o consumidor decide pela

⁵⁵ Segundo a classificação dos serviços públicos apresentada na seção 1.3, os serviços específicos e divisíveis correspondem aos serviços individuais ou *uti singuli*. O próprio Código Tributário também define o que seja um serviço público específico e divisível, a saber:

Art. 77. As taxas cobradas pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal ou pelos Municípios, no âmbito de suas respectivas atribuições, têm como fato gerador o exercício regular do poder de polícia ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

[...]

Art. 79. Os serviços públicos a que se refere o artigo 77 consideram-se:

I – [...]

[...]

II – específicos, quando possam ser destacados em unidades autônomas de intervenção, de unidade, ou de necessidades públicas;

III – divisíveis, quando suscetíveis de utilização, separadamente, por parte de cada um dos seus usuários.

⁵⁶ De acordo com Amaral, o negócio jurídico manifesta-se pela declaração de vontade destinada a produzir efeitos que o agente pretende e o direito reconhece. Tais efeitos são: a constituição, modificação ou extinção de direitos. Quanto ao critério do número de declarantes, classifica-se o negócio jurídico em unilateral (ex. testamento, procuração), bilateral (ex. os contratos em geral) ou plurilateral (contrato de sociedade com mais de dois sócios) (2002).

contratação do serviço e, por isso, paga pela sua prestação⁵⁷. Existe uma certa proporção entre aquilo que se consome (utiliza) e aquilo que se remunera⁵⁸ (SERPA LOPES, 1989).

Nas relações contributivas, ao contrário, prevalece a autoridade do Poder Público na imposição do valor do tributo. Aquele que paga a obrigação tributária o faz de modo compulsório, no interesse da sociedade e não para si, como decorrência de sua liberdade de escolha (SERPA LOPES, 1989).

O valor das taxas, quiza dos impostos, não corresponde aquilo que o contribuinte efetivamente usufruiu do serviço. A base de cálculo dos impostos decorre das próprias características do contribuinte ou do valor da operação desenvolvida⁵⁹. O fato gerador de sua cobrança é a atividade do particular com conteúdo econômico⁶⁰.

Já as taxas, apesar de apresentarem como hipótese de incidência o serviço público específico e divisível, além da atividade de polícia, dispõem, em regra, de um valor fixo⁶¹. Podem ser cobradas do usuário pelo simples fato do serviço estar a sua disposição, ainda que ele não o deseje ou mesmo não o utilize.

⁵⁷ Com a expressão “o consumidor decide pela contratação”, quer se dizer que um dos direitos básicos do consumidor é exatamente o direito de escolha entre os diversos produtos e serviços dispostos no mercado, nos moldes do art. 6º, II, CDC. E, com a sentença de que o consumidor paga pelo serviço prestado, o equilíbrio entre direitos e deveres das partes, que representa um dos princípios que informam o CDC.

⁵⁸ A equivalência entre as prestações de ambas as partes não quer dizer necessariamente a equivalência de fato. Não se exige no mundo fático que a contraprestação pecuniária corresponda exatamente à prestação do serviço. Basta que tenham estabelecido no mundo jurídico essa equivalência, ou melhor, que essa seja a intenção dos contratantes quando firmaram o negócio jurídico (princípio da equivalência intencional) (PONTES DE MIRANDA, 1983).

⁵⁹ O imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza (IR), por exemplo, é um imposto pessoal, pois é calculado com base nas características dos contribuintes: quantidade de dependentes, gastos com a saúde, educação, previdência social. Já o imposto sobre a propriedade de veículos automotores (IPVA), a base de cálculo está relacionada com o valor venal do veículo.

⁶⁰ Por atividade particular com conteúdo econômico entende-se quaisquer manifestações de riqueza do contribuinte: quando obtém rendimentos (imposto sobre renda e proventos de qualquer natureza - IR), vende mercadorias (imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias e prestação de serviços - ICMS), pelo fato de ser proprietário de imóvel em área urbana (imposto sobre a propriedade territorial urbana - IPTU) etc.

⁶¹ Não há uma equivalência entre o valor da maioria das taxas e o custo dos serviços públicos específicos e divisíveis. No entanto, não se pode afirmar que há uma total desvinculação, no sentido de que o ente federativo não pode cobrar um valor acima do que gasta para a consecução do serviço público.

Por esses motivos, os que se filiam a terceira posição acreditam que apenas os serviços públicos específicos e divisíveis, custeados por meio de tarifa, definem-se como serviços de consumo. Somente essa categoria de serviço público consagra as características que coadunam com os próprios fundamentos do microssistema consumerista: cuida-se de relação jurídica que se manifesta na forma de um contrato com obrigações recíprocas; que emanam prestações proporcionais entre os contratantes, ou seja, o pagamento é efetivado por unidades de serviços prestados: quilowatts de energia, metros cúbicos de água, impulsos telefônicos; e que só é estabelecido, em razão do exercício do direito de escolha pelo usuário-consumidor.

Pode-se dizer que das três correntes, a terceira é a mais acolhida pela doutrina e pelos julgados. A seguir, encontra-se uma decisão da já extinta 2ª Câmara Cível do Tribunal de Alçada do Paraná, que corrobora com o entendimento dominante.

ACAO CIVIL PUBLICA - MINISTERIO PUBLICO - ILEGITIMIDADE ATIVA "AD CAUSAM" - PRELIMINAR ACOLHIDA - **CONSUMIDOR E CONTRIBUINTE - DIFERENCIACAO** - LIMITACAO DA ATUACAO DO "PARQUET" PARA PROMOCAO DA DEFESA DO PRIMEIRO - INTERESSE DIFUSO - RESTRICAO DA TUTELA AS HIPOTHESES LEGALMENTE ELENCADAS - LEI N. 8078/90, ART. 81, PAR. UNICO E 92, III - LEI 7347/85, ART. 21 - C.F., ART. 129, III. **O CONTEUDO DAS EXPRESSOES "CONSUMIDOR" E "CONTRIBUINTE" NAO SE EQUIVALE** E, SE ESTA O MINISTERIO PUBLICO EXPRESSAMENTE AUTORIZADO A PROMOCAO DA DEFESA DOS DIREITOS DO PRIMEIRO, O MESMO NAO OCORRE COM RELACAO AO SEGUNDO NA HIPOTHESE DE LANCAMENTO DE TRIBUTOS PELA MUNICIPALIDADE QUE, POR SUA VEZ, NAO SE IDENTIFICA NA CATEGORIA DE ENTIDADE COMERCIAL OU PRESTADORA DE SERVICOS. EXCLUI-SE, TAMBEM, "IN CASU", A LEGITIMIDADE DO "PARQUET" COM BASE NO CONCEITO DE "INTERESSES DIFUSOS" (ART. 129, III, C.F.) POIS ESTES, CONFORME EXPRESSAMENTE CONSIGNA O ENUNCIADO DA LEI 7347/ 85, DIZEM RESPEITO A RESPONSABILIDADE POR DANOS CAUSADOS AO MEIO AMBIENTE, A BENS E DIREITOS DE VALOR ARTISTICO, ESTETICO, HISTORICO, TURISTICO E PAISAGISTICO E AO PROPRIO CONSUMIDOR SEM FAZER, CONTUDO, QUALQUER REFERENCIA A CATEGORIA DO CONTRIBUINTE. RECURSO PROVIDO. LEGISLACAO: L 8078/90 - ART 81, PAR UN L 8079/90 - ART 92, III L 7347/85 - ART 21 CF/88 - ART 129, III CPC - ART 282, V CTN - ART 97 CPC - ART 20, PAR 4 CPC - ART 267, VI (PARANÁ, Tribunal de Alçada, Ap. 53.111-5, Relator: Juiz Irlan Prohmann Arco-Verde, 1992, grifo nosso).

Escolheu-se propositalmente essa decisão de 1992, em função dela ter sido prolatada logo após o advento do Código de Defesa do Consumidor, Lei 8.078/90. Já nesse época, os primeiros julgados manifestavam-se contrários ao fato dos serviços públicos mantidos por tributos serem caracterizados como relações de consumo, ao esclarecerem que o contribuinte não se equipara ao consumidor.

Na mesma linha, a jurisprudência atual também tem adotado esse mesmo raciocínio, como resta demonstrado numa decisão recente do Superior Tribunal de Justiça.

PROCESSO CIVIL – LEGITIMIDADE E INTERESSE DO MINISTÉRIO PÚBLICO – AÇÃO CIVIL PÚBLICA – ART. 1º DA LEI N. 7.347/85 – **TAXA DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA – MUNICÍPIO – DEFESA DE INTERESSES DE CONTRIBUINTE** – IMPOSSIBILIDADE.

1. Diz o parágrafo 1º da Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85): "Não será cabível ação civil pública para veicular pretensões que envolvam tributos, contribuições previdenciárias, o Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS ou outros fundos de natureza institucional cujos beneficiários podem ser individualmente determinados."

2. É da jurisprudência iterativa do STJ a ilegitimidade do Ministério Público para, por meio de ação civil pública, declarar a inexigibilidade de taxa de iluminação da municipalidade, bem como requerer a repetição de indébito.

3. Contribuinte não é consumidor, nem a ele é equiparado. Os interesses defendidos pelo Ministério Público em ação civil pública, que tem por objeto a defesa de contribuintes, **são divisíveis, disponíveis e individualizáveis; oriundos de relações jurídicas assemelhadas, porém, entre si, distintas.** Daí a ilegitimidade e a falta de interesse de agir do Parquet.

Recurso especial conhecido e improvido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 903256/MG, Relator: Min. Humberto Martins, 2007, grifo nosso).

Os dois casos relatados apresentam muitas semelhanças entre si. No primeiro julgado, o Ministério Público do Estado do Paraná ajuizou uma ação civil pública para anular o aumento abusivo do IPTU (imposto sobre a propriedade predial e territorial

urbana). No segundo, para requerer a inexigibilidade de taxa de iluminação⁶² da municipalidade, bem como a repetição de indébito.

Não obstante, em ambos os casos, entendeu-se que o órgão Ministerial é parte ilegítima para figurar no pólo ativo, eis que está autorizado a defender tão somente os interesses do consumidor, mas não dos contribuintes. Logo, para esse órgãos judiciais, as expressões consumidor e contribuinte não se equivalem, o que se afere que não há que se falar na incidência do CDC nos serviços públicos que decorrem do pagamento de tributos.

Em contrapartida, quando a relação jurídica envolve a prestação de um serviço público remunerado mediante tarifa, esses mesmos órgãos têm o admitido como relação de consumo. É o que se observa na decisão abaixo do Egrégio Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

AGRAVO CONTRA DECISÃO DO RELATOR QUE NEGA SEGUIMENTO AO RECURSO -INTERLOCUTÓRIA FUNDAMENTADA EM JURISPRUDÊNCIA DA PRÓPRIA CORTE E DE TRIBUNAL SUPERIOR - POSSIBILIDADE - EXEGESE DO ART. 557, CAPUT, DO CODIGO DE PROCESSO CIVIL. Basta que o juízo adotado na decisão monocrática represente o entendimento dominante no próprio Tribunal, segundo se extrai da própria dicção do dispositivo em comento. APELAÇÃO CÍVEL - **ENERGIA ELÉTRICA** - ILEGALIDADE DOS AUMENTOS INSTITUIDOS PELAS PORTARIAS N. 38/86 E 45/86 DA DNAEE - CONGELAMENTO DE PREÇOS - ART. 167, II E III, DA EMENDA CONSTITUCIONAL N. 01/69 - CLASSE RESIDENCIAL - **TARIFA REAJUSTADA E REESTABELECIDO AO PATAMAR LÍCITO POUCOS DIAS APÓS O REAJUSTE - INEXISTÊNCIA DE EFEITO PRÁTICO PARA O CONSUMIDOR - AUSÊNCIA DE VALOR A SER REPETIDO. O aumento da tarifa de energia elétrica** proporcionado pela Portaria 038/86, expedida pelo DNAEE, **não surte qualquer efeito prático aos agravantes, consumidores residenciais**, eis que vigorou por apenas cinco dias, até a edição da Portaria n.

⁶² Tendo em vista que o serviço de iluminação pública alcança indistintamente toda a população, não sendo possível identificar quem são os destinatários desse benefício, o Supremo Tribunal Federal editou em 24.09.2003 a súmula vinculante n. 670.

670. O serviço de iluminação pública não pode ser remunerado por taxa.

Nesse sentido, a instituição de taxa de iluminação pública é ilegal. A taxa tem como fato gerador um serviço público específico e divisível (serviço *uti singuli*) e não um serviço geral (ou *uti universi*). Portanto, o serviço de iluminação pública deve ser custeado com a arrecadação de impostos.

045/86 do mesmo órgão. O preço somente sofreu alterações para a classe industrial (SANTA CATARINA, Tribunal de Justiça, Agravo em Apelação Cível n. 2006.035620-4, Relator: Des. Volnei Carlin, 2007, grifo nosso).

Pode-se concluir, assim, que é pacífico entre os juristas que os serviços públicos custeados por meio de tarifa, são serviços de consumo. Todavia, quando se trata de serviços públicos remunerados através de tributos, poucos estudiosos admitem a sua tutela pelo CDC. De fato, não resta dúvida de que os serviços públicos oferecidos em função do pagamento de tarifa, dispõem de características que vão ao encontro da lógica consumerista, dos princípios que informam esse microsistema, o que não se verifica nas demais atividades mantidas pelos impostos e taxas.

Convém acrescentar, ainda, que os serviços públicos que se enquadram como objeto de relação de consumo, definem-se como atividades de cunho industrial ou comercial⁶³. São eles: o abastecimento de água (regra geral), o serviço de telefonia, energia elétrica, transporte coletivo etc. E podem ser prestados pelos entes federativos, entidades descentralizadas criadas e autorizadas por lei e pelas empresas privadas por delegação (empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas).

3.2 Os mecanismos cíveis da tutela do consumidor

A tutela do consumidor pode ser efetivada no plano administrativo, civil e penal. Essa assertiva se justifica, em razão do Código de Defesa do Consumidor apresentar dispositivos de diferentes natureza. À despeito, neste trabalho, preferiu-se focar tão somente os principais mecanismos consumeristas de natureza civil, dado a possibilidade de maior compreensão do objeto de pesquisa. Nesta parte, serão mencionados os principais instrumentos cíveis previstos na legislação especial, para em seguida, no próximo tópico, analisar a aplicação desses mecanismos na relação de prestação de serviços públicos.

⁶³ Ver a seção 1.3, que aborda sobre a classificação dos serviços públicos quanto a sua natureza.

Antes de iniciar a descrição desses instrumentos propriamente, é importante ressaltar que eles estão voltados para a prevenção e a responsabilização do fornecedor pelos danos ocasionados ao consumidor. O art. 6º, VI, CDC, que expressa um direito básico do consumidor, igualmente, sintetiza a finalidade dessa espécie de mecanismo: “a efetiva prevenção e reparação de danos patrimoniais e morais, individuais, coletivos e difusos”.

São nos capítulos quatro “Da qualidade de produtos e serviços, da prevenção e da reparação dos danos”, cinco “Das práticas comerciais” e seis “Da proteção contratual” da Lei 8.078/90, que restam demonstrados esses instrumentos. Tratam-se de quarenta e seis dispositivos, concentrados entre o art. 8º ao art. 54.

No capítulo quatro, por exemplo, constata-se: a responsabilidade objetiva do fornecedor, os institutos da prescrição e decadência, a responsabilidade solidária de todos os fornecedores, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a inversão do ônus da prova, todos de natureza repressiva. No capítulo cinco e seis encontram-se grande parte dos instrumentos de cunho preventivo: quais condutas e cláusulas contratuais que devem ser evitadas pelos fornecedores, eis que abusivas, causam prejuízos ao consumidor.

Outrossim, é no capítulo sexto, que está previsto outros institutos de natureza repressiva: a interpretação da cláusula em favor do consumidor, quando essa norma revelar uma ambigüidade; a modificação de cláusula que condicione uma prestação desproporcional em desfavor do consumidor; a possibilidade de declaração de nulidade de cláusulas abusivas; a revisão do contrato mediante fato superveniente, que resulte em onerosidade para quaisquer das partes; e até a extinção do contrato, quando não for possível conservá-lo, usufruindo das medidas anteriores.

Sobre a responsabilidade civil do fornecedor, definida como obrigação de indenizar o dano, consagrou-se nessa legislação especial a responsabilidade objetiva⁶⁴.

⁶⁴ Existe apenas uma única exceção a regra da responsabilidade objetiva do fornecedor. Sempre que o fornecedor for profissional liberal, aplica-se a teoria da responsabilidade subjetiva, nos termos dos arts. 14, § 4º e 19, § 1º, CDC. É que ao estabelecer um contrato de consumo com seus clientes/consumidores, o profissional liberal compromete-se somente com a atividade de meio, com às técnicas usadas na prestação do serviço e às diligências regulares exercidas. Não se compromete com um resultado.

Para a reparação de danos patrimoniais e a compensação de danos psicológicos/morais causados em face ao consumidor, agora, resta suficiente a demonstração do nexo de causalidade entre a atividade de prestação de um serviço com vício ou defeito⁶⁵ e a concretização do dano (art. 12, *caput* e art. 14, *caput*, CDC).

Se outrem prestar o serviço e não o fornecedor, se o dano não originar-se do defeito ou vício apontado, ou derivar de culpa exclusiva do consumidor ou de terceiro, não há que se falar em responsabilidade civil do fornecedor. Não aparecem nessas hipóteses o nexo de causalidade entre a ação do prestador e o dano (art. 12, § 3º, CDC).

Ademais, a responsabilidade civil objetiva do fornecedor prescinde do fato desse apresentar a intenção (dolo) ou ter agido de maneira imperita, imprudente ou negligente (culpa) ao disponibilizar serviço defeituoso ou viciado no mercado de consumo. Enquanto a responsabilidade subjetiva funda-se na idéia de culpa em *lato sensu*, a responsabilidade objetiva baseia-se na noção de que quem lucra com uma atividade, também deve responder pelos riscos ou desvantagens dela decorrentes.

O Código de Defesa do Consumidor destaca dois tipos de responsabilidades objetivas do fornecedor: a responsabilidade pelo fato e a responsabilidade por vício. A primeira acontece quando o fornecedor oferece um serviço defeituoso, que resulta num dano a integridade físico-psíquica do consumidor.

Considera-se um serviço defeituoso, quando ele não oferece a segurança que dele legitimamente se espera na sua fruição, culminando em danos pessoais aos consumidores (arts. 12, §1º e 14, §1º, CDC). Já a responsabilidade por vício ocorre quando é disponibilizado um serviço viciado, que afeta a integridade patrimonial do consumidor. O serviço apresenta vícios de qualidade e quantidade que comprometem o seu funcionamento ou simplesmente lhes diminuem o seu valor. Pode-se dizer que os vícios aparecem quando há disparidade qualitativa ou quantitativa entre o serviço ofertado ao consumidor diretamente ou mediante publicidade e o serviço executado.

⁶⁵ Posteriormente, nesta seção, serão abordados os conceitos de vício e defeito.

Para Almeida, a responsabilidade civil do fornecedor pelo fato ou pelo vício, na maioria das vezes, origina-se pelo não cumprimento da obrigação contratual nos termos da oferta. A oferta é toda proposta de oferecimento de serviço, mediante apresentação, informação (ex. orçamento) ou publicidade (ex. anúncios nos meios de comunicação). Tem como propósito aproximar o consumidor dos serviços colocados no mercado pelos fornecedores (2003).

Por isso, deve ser precisa e transparente, com informações verdadeiras, claras, ostensivas e em língua portuguesa sobre seus dados técnicos (qualidade, quantidade, preço, garantia etc.) e potencialidade danosa (riscos que apresentam a saúde e segurança dos consumidores), a fim de que o consumidor possa exercer o seu direito de escolha conscientemente (art. 31, CDC). Nesse sentido, sempre que houver divergência entre a oferta e o serviço colocado no mercado econômico, pode-se falar em vício ou defeito e, por conseguinte, em responsabilidade civil objetiva do fornecedor.

A reparação do dano patrimonial fundada no vício, de acordo com a lei consumerista, manifesta-se de três formas, a saber: pela reexecução do serviço, sem custo adicional, podendo, inclusive ser feito por terceiro às custas do fornecedor; pela restituição da quantia paga, monetariamente atualizada, sem prejuízo de eventuais perdas e danos, ressarcindo-se o consumidor do que desembolsou; ou pelo abatimento proporcional do preço (art. 20, 30 e 35, CDC). Compete ao próprio consumidor escolher alternativamente entre uma dessas opções legais.

Se na responsabilidade por vício, a lei define quais são as modalidades de reparação, o mesmo não acontece na responsabilidade pelo fato objetiva. A lei não enumera quais são as possibilidades de responsabilização, em função da verificação de danos físico-psíquicos por defeito de serviços disponibilizados no mercado pelo fornecedor. Embora, a responsabilidade civil pelo fato caracteriza-se sobremaneira pela indenização na forma de pecúnia.

No que tange aos prazos legais para pleitear a reparação do dano, o CDC prevê que o consumidor tem direito de requerer a compensação do dano moral no prazo de cinco anos, sob pena de prescrição⁶⁶. A contagem do prazo inicia-se a partir do

⁶⁶ A prescrição revela-se pela extinção de uma pretensão, em virtude dela não ter sido exercida dentro de um lapso temporal. Por pretensão quer se dizer o poder de exigir do responsável uma ação

conhecimento do defeito e da figura do fornecedor pelo consumidor e não do término da execução do serviço ou simplesmente da data da ocorrência do defeito (art. 27, CDC).

Na hipótese de vício, os prazos de reclamação, prazos decandenciais⁶⁷, são de trinta dias para serviços não duráveis e noventa dias para duráveis. Conta-se a partir do término da execução do serviço se o vício for aparente ou de fácil constatação. Se oculto, a partir do momento em que ficar constatado o vício. Existe, ainda, uma outra peculiaridade: o prazo decandencial não corre enquanto não sobrevier resposta negativa e inequívoca do fornecedor face a reclamação comprovadamente formulada pelo consumidor (art. 26, CDC).

Ainda sobre o mecanismo da responsabilidade civil objetiva, a Lei 8.078/90 também prevê a responsabilidade solidária de todos os fornecedores. Poderá a parte vulnerável voltar-se indistintamente contra quaisquer ou todos os responsáveis pela colocação do serviço no mercado econômico.

Uma outra contribuição oferecida pela legislação especial é a ampliação da teoria de desconsideração da personalidade jurídica, já prevista no Código Civil. Esse instrumento permite que se possa desconsiderar a pessoa jurídica e responsabilizar o sócio ou acionista da empresa, alcançando-lhes seus respectivos patrimônios. Os pressupostos para aplicação dessa teoria são: abuso de direito⁶⁸; excesso de poder⁶⁹; infração da lei; violação dos estatutos ou contrato social; falência⁷⁰; estado de insolvência⁷¹; encerramento ou inatividade de pessoa jurídica provocados por má

ou omissão, que permita a composição do dano. É o que dispõe o art. 189, CC: “violado o direito, nasce para o titular a pretensão, a qual se extingue, pela prescrição, nos prazos que aludem os arts. 205 e 206”.

⁶⁷ O instituto da decadência refere-se a extinção de um direito previsto em lei, em função dele não ter sido exercitado num espaço de tempo.

⁶⁸ De acordo com Nunes, o abuso de direito ocorre quando há um excesso de exercício de um direito pelo fornecedor, capaz de gerar danos ao consumidor. Em outras palavras, cuida-se das condutas abusivas, que será explicitada posteriormente neste tópico (2005).

⁶⁹ Para Nunes, as expressões abuso de direito e excesso de poder são equivalentes (2005).

⁷⁰ A falência é um processo de execução coletiva contra um devedor individual, no qual exerce a atividade empresarial. Tem como objetivo a satisfação proporcional dos credores.

⁷¹ O estado de insolvência acontece quando as dívidas contráidas pelo fornecedor são superiores a sua condição de pagamento ou patrimônio.

administração; e quando a personalidade jurídica for de alguma forma obstáculo ao ressarcimento de prejuízos causados aos consumidores⁷² (art. 28, CDC).

Acrescenta-se, que o legislador infraconstitucional conferiu também como condição de acesso à justiça a inversão do ônus da prova em favor do consumidor. Sempre que no processo judicial a prova envolver a veracidade, correção de informação ou comunicação publicitária, esse ônus recairá sob aquele que a patrocina, o anunciante/fornecedor (art. 38, CDC). Nos demais casos, o juiz concederá esse mecanismo, quando houver verossimilhança nas alegações do consumidor ou restar comprovado a sua condição de hipossuficiente (art. 6º, VIII, CDC).

A importância dessa inversão do ônus da prova revela-se na dificuldade do consumidor realizar a prova de suas alegações, dado que aquele, o fornecedor, controla os meios de produção e tem acesso aos elementos de provas que interessam à demanda.

Até agora, procurou-se demonstrar alguns institutos que protegem o consumidor em nível de repressão, quando já houve lesão a essa categoria: a responsabilidade objetiva do fornecedor; o prazo em que deve ser requerido a indenização por danos psicológicos, sob pena de prescrição; o prazo em que deve ser pleiteado o ressarcimento por danos materiais, sob pena de decadência; a responsabilidade solidária de todos os fornecedores que integram a cadeia produtiva; a desconsideração da personalidade jurídica, a fim de alcançar o patrimônio do sócio ou acionista e permitir a reparação do dano; a inversão do ônus da prova. Mas, quais seriam os mecanismos civis de ordem preventiva?!

Antes de mais nada, ao abordar a respeito da prevenção de danos, é imprescindível afirmar que se busca atingir o consumidor potencial, propenso a consumir ou exposto à oferta. Por isso, a prevenção manifesta-se pela coibição de práticas e cláusulas contratuais abusivas. Impõe-se ao fornecedor a observância de normas de conduta que condicionem num maior respeito aos direitos do consumidor.

⁷² No Código Civil, por outro lado, a desconsideração da personalidade jurídica se restringe a comprovação de abuso da personalidade jurídica, que se manifesta através da confusão patrimonial (quando a sociedade empresária paga dívidas do sócio, verifica-se a existência de bens do sócio registrados em nome da sociedade etc.) ou pelo desvio de finalidade (no estatuto ou contrato de uma empresa está previsto determinado objeto social e ela desempenha atividade diversa etc.), nos termos do art. 50, CC.

As práticas e cláusulas abusivas são aquelas que atentam contra os princípios fundamentais do sistema jurídico, restringem direitos ou obrigações inerentes à natureza do contrato e se mostram excessivamente onerosa para o consumidor. Estão expressas e espalhadas na própria legislação especial, porém a enumeração não é taxativa. As principais são: é de incumbência do fornecedor propiciar ao consumidor as informações necessárias e adequadas a respeito do funcionamento e da potencialidade danosa do serviço (art. 8º); é vedado a estipulação de cláusulas contratuais que exonem ou atenuem a responsabilidade civil do fornecedor (art. 25); enuncia a dispensa de termo expresso para que a garantia se efetive – adotou-se o sistema de garantia legal, a própria lei outorga a garantia ao consumidor, independente da garantia contratual (art. 24 c/c o art. 50).

Compete ao fornecedor, igualmente, informar aos legítimos interessados os dados técnicos e científicos que embasam a sua mensagem publicitária (art. 36, parágrafo único). A publicidade também deverá ser veiculada pelo anunciante/fornecedor, de maneira que o consumidor facilmente e imediatamente a distingua (art. 36, *caput*). É dever do fornecedor devolver os valores pagos e atualizados ao consumidor, quando esse desistir do contrato realizado fora do estabelecimento comercial, desde que o direito de arrependimento aconteça no prazo de sete dias, a contar da assinatura do contrato (contrato firmado em domicílio) ou do ato de recebimento do serviço (contrato estabelecido por telefone, internet) – presume-se que o consumidor não teve condições de refletir suficientemente sobre a aquisição do serviço, daí essa prerrogativa (art. 49).

Sempre que o fornecimento envolver outorga de crédito ou concessão de financiamento ao consumidor, esse deverá ser informado sobre: preço do serviço em moeda nacional, o montante dos juros de mora, a taxa efetiva anual de juros, os acréscimos legalmente previstos, o número e periodicidade das prestações e a soma total a pagar com e sem financiamento; as multas moratórias também não poderão ser superiores a 2% do valor da prestação; e havendo liquidação antecipada do débito, seja parcial ou total, deverá o prestador reduzir proporcionalmente os juros e demais acréscimos (art. 52, I a V e §§ 1º e 2º).

Em relação aos contratos de adesão⁷³, quando escritos, deverão ser redigidos em termos claros e com caracteres ostensivos e legíveis, de modo a facilitar a compreensão pelo consumidor (art. 54, § 3º). Nessa modalidade contratual, podem ser inseridas novas cláusulas manuscritas, formuladas pelas partes, sem desfigurar a natureza de adesão do contrato (art. 54, § 1º); e em caso de dúvida, essas prevalecem em relação às impressas. Ademais, as cláusulas de adesão que limitam direito do consumidor, deverão ser escritas com destaque, permitindo sua imediata compreensão (art. 54, § 4º).

Mas, foi nos arts. 39 e 51 CDC, que o legislador ordinário tentou reunir, respectivamente, as condutas e cláusulas caracterizadas como abusivas. Destaca-se no art. 39: é vedado a venda casada, ou seja, condicionar a execução de serviço ao fornecimento de outro produto/serviço, bem como, sem justa causa, limitar quantitativamente o fornecimento – objetiva-se com essa medida preservar o direito de livre escolha do consumidor, por isso, pode o consumidor exigir o cumprimento da oferta sem o condicionamento (inc. I); é proibido a conduta de fornecer quaisquer serviços, sem solicitação prévia – visa-se impedir que o consumidor seja importunado e seja obrigado a providenciar o seu cancelamento; o fornecedor que assim proceder, não terá direito ao pagamento, pois o serviço prestado será considerado amostras grátis (inc. III); proíbe-se que o prestador exija do consumidor vantagem manifestamente excessiva, visto que essa medida implicaria num desequilíbrio na relação contratual (inc. V); veda-se a elevação injustificada de preços, que dependa apenas da vontade do fornecedor e a aplicação de índice de reajuste diverso do legal ou contratualmente estipulado, garantindo o equilíbrio contratual (inc. X e XIII); dentre outros mecanismos preventivos existentes nesse dispositivo legal.

No art. 51, por sua vez, prescreveu-se as cláusulas que não podem ser estipuladas via contrato de consumo, eis que abusivas⁷⁴. São elas: a instituição da renúncia ou disposição de direitos básicos do consumidor – as regras e princípios

⁷³ O contrato de adesão é uma das modalidades contratuais cujas cláusulas são aprovadas pela autoridade competente ou estabelecidas unilateralmente pelo fornecedor, sem que o consumidor possa discutir ou modificar substancialmente o seu conteúdo, em conformidade ao art. 54, CDC.

⁷⁴ Anualmente, em consonância ao art. 56, do Decreto n. 2.181/97, a Secretaria de Direito Econômico divulga elenco complementar de cláusulas contratuais abusivas, de maneira a abranger um maior número de casos que condicionem o consumidor numa situação de prejuízo em face ao poder econômico do fornecedor (FILOMENO, 2005).

consumeristas são de ordem pública, o que revela que as partes não podem dispor sobre elas livremente (inc. I); a transferência da responsabilidade a terceiros - a responsabilidade civil decorre de lei, não pode o fornecedor por meio de cláusula contratual eximir-se e outorgá-la a outrem (inc. III); a existência de cláusula que resulte em desvantagem exagerada ao consumidor (inc. IV) – pode-se exigir, assim, o pagamento de uma indenização pelo fornecedor, equivalente ao dobro do cobrado indevidamente, acrescido de correção monetária e juros legais, salvo quando esse tiver se enganado de modo justificável (art. 42, parágrafo único); a alteração ou cancelamento unilateral do contrato por parte do fornecedor – exige-se, ao contrário, o concurso de vontade de todos os contratantes ou pelo menos que seja outorgado a todos essa faculdade para que a extinção se efetive (inc. XI e XIII); a positivação de cláusulas que violem as normas ambientais (inc. XIV) etc.

A previsão de práticas e cláusulas abusivas pelo CDC, inicialmente, têm como finalidade regulamentar as condutas dos fornecedores, de modo a prevenir a ocorrência de danos individuais ou coletivos *lato sensu* contra o consumidor. Mas, quando esses forem lesados, tem-se a possibilidade de se valer de instrumentos de natureza repressiva. Não poderia a legislação especial deixar de consagrar dispositivos que também objetivassem defender o consumidor por meio de medidas repressivas, sob pena dela se tornar ineficaz.

No que tange as práticas abusivas, a proteção efetiva-se pelo cumprimento da oferta pelo fornecedor sem o condicionamento, na hipótese de venda casada; pela consideração dos serviços prestados sem solicitação prévia do consumidor como amostra grátis; pela devolução ao consumidor da quantia que pagou ao fornecedor, quando aquele desistir do contrato no prazo legal e desde que o mesmo tenha sido formulado fora do estabelecimento comercial etc.

Sobre as cláusulas abusivas, pode o juiz interpretá-las de maneira mais favorável ao consumidor, quando nelas se constata uma ambigüidade (art. 47, CDC); modificá-las, quando revelarem prestações desproporcionais em desfavor do consumidor (art. 6º, V, CDC); compelir o fornecedor a pagar uma indenização ao consumidor, com correção monetária e juros legais, que corresponda ao dobro do cobrado indevidamente – repetição do indébito (art. 42, parágrafo único, CDC); declarar-las nulas, inclusive de ofício (art. 51, *caput*, CDC); ou ainda, extinguir o

contrato, quando apesar dos esforços de integração, o ônus excessivo a quaisquer das partes não puder ser afastado (art. 51, § 2º, CDC).

Ademais, quando houver fatores supervenientes que interfiram no contrato, tornando-o excessivamente oneroso, pode, mais uma vez, o juiz alterar o seu conteúdo (art. 6º, V, CDC) ou rescindí-lo, se a modificação das cláusulas não puder implicar num equilíbrio contratual (art. 51, § 2º, CDC).

Portanto, pode-se concluir que nesses vários institutos estão presentes três idéias fundamentais:

procura-se evitar que o consumidor se envolva em contratações precipitadas, seja devido à deficiente informação que lhe é prestada, seja em razão de práticas comerciais agressivas (o que se pode sintetizar falando na busca de um consentimento esclarecido), procura-se melhorar a disparidade entre direitos e obrigações das partes contratantes (em atenção, portanto, ao princípio da justiça (ou do equilíbrio) contratual), e intenta-se fazer recair sobre o empresário os riscos resultantes de sua atividade (risco de empresa) (NORONHA, 2003, p. 339).

Na próxima seção, serão retratados esses mesmos mecanismos consumeristas de ordem civil, mas, agora, relacionando-os com os serviços públicos.

3.3 Os mecanismos cíveis da tutela do consumidor na prestação de serviços públicos

A sistematização da proteção ao consumidor pode ser presenciada mundialmente desde a metade do século XX (ALMEIDA, 2003). Contudo, uma das categorias dessa classe, o usuário do serviço público, ainda é muito pouco estudada. As doutrinas praticamente não abordam sobre essa espécie de serviço de consumo. E, quando o fazem, restringem-se basicamente em dois aspectos: quais serviços públicos

são objeto de relação de consumo e a possibilidade jurídica de interrupção dessa atividade, em função da inadimplência do consumidor-usuário.

Esse trabalho, antes de mais nada, é uma tentativa de “provocar” uma aproximação entre os institutos consumeristas de ordem civil e os serviços públicos do que propriamente encontrar respostas “fechadas”, até porque, como já foi dito, muitas delas ainda precisam ser construídas e, por consequência, reconstruídas, na medida em que o mundo está em constante transformação, devendo o direito acompanhá-las.

Iniciará demonstrando algumas questões já positivadas no CDC, tais como: o vício e defeito nessa atividade estatal e a responsabilidade civil do prestador de serviços públicos para, posteriormente, problematizar à respeito de outros mecanismos, que estão expressos de maneira genérica na legislação especial.

É sabido que nos serviços privados, os vícios e defeitos aparecem pela discrepância entre a oferta e o serviço disponibilizado. Poderia se questionar se nos serviços públicos seria diferente. Para Almeida, os vícios e defeitos decorrem da prestação de serviços públicos de forma ineficiente, inadequada, insegura e quanto aos essenciais, descontínua. Isso porque o art. 22, CDC⁷⁵, exige-se que sejam observados essas quatro obrigações pelo fornecedor (2003). Nesse sentido, o que seria uma prestação de serviço público eficiente, segura, adequada e contínua?!

Segundo Nunes, o critério da eficiência tem como fundamento o princípio constitucional da eficiência, positivado no art. 37, *caput*, da Constituição Federal⁷⁶ (2005).

é o mais moderno princípio da função administrativa, que já não se contenta em ser desempenhado apenas com legalidade, exigindo resultados positivos para o serviço

⁷⁵ Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

⁷⁶ Não obstante o princípio da eficiência só integrar o ordenamento pátrio com a emenda n. 19, de 14 de junho de 1998, data posterior a edição da Lei 8.078/90, muitos autores defendem que a emenda apenas tornou explícito um princípio outrora implícito em nosso sistema constitucional (NUNES, 2005).

público e satisfatório atendimento das necessidades da comunidade e de seus membros (MEIRELLES, 2007, p. 90).

Assim, a idéia de eficiência prevista na norma consumerista está ligada ao funcionamento do serviço público de acordo com sua finalidade e a expectativa do usuário (ALMEIDA, 2003). Concretiza-se pela obtenção do maior número possível de efeitos positivos aos administrados (NUNES, 2005).

Para Nunes, a adequação, a segurança e a continuidade (no caso dos serviços essenciais) são espécies do gênero eficiência. Ou melhor, variáveis relacionadas à necessária eficiência que devem ter os serviços públicos (2005).

O serviço público só é eficiente se for adequado (por ex., coleta de lixo seletiva, quando o consumidor tem como separar por pacotes o tipo de material a ser jogado fora), se for seguro (p. ex., transporte de passageiros em veículos controlados, inspecionados, com todos os itens mecânicos, elétricos etc. checados: freios, válvulas, combustível etc.) e, ainda, se for contínuo (p. ex., a energia elétrica sem cessação de fornecimento, água e esgoto da mesma forma, gás etc.) (NUNES, 2005, p. 101).

Por adequabilidade, entende-se pela satisfação das condições da prestação do serviço público (ALMEIDA, 2003). Na Lei 8.987/95 é apresentado o conceito de serviço adequado.

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

§ 1º Serviço adequado é o que satisfaz as condições de regularidade, continuidade, eficiência, segurança, atualidade, generalidade, cortesia na sua prestação e modicidade das tarifas.

§ 2º A atualidade compreende a modernidade das técnicas, do equipamento e das instalações e a sua conservação, bem como a melhoria e expansão do serviço.

Essa lei é decorrência do art. 175, CF, que determina que a lei ordinária disciplinará acerca do regime de concessão e permissão dos serviços públicos, o direito dos usuários, a política tarifária e a manutenção dos serviços públicos de forma adequada⁷⁷.

O critério da continuidade, por sua vez, impõe que os entes federativos e as entidades descentralizadas não podem interromper a prestação dos serviços públicos essenciais. Quais seriam então esses serviços públicos que não podem ser suspensos, haja vista a determinação do art. 22, CDC?!

Conforme Nunes (2005), a essencialidade não está presente naquelas atividades voltadas para o funcionamento da máquina estatal ou para o fornecimento de documentos solicitados pelo administrado⁷⁸. O serviço público essencial é marcado por uma situação de urgência, por uma necessidade concreta de sua prestação.

Cretella Júnior acrescenta que a essencialidade dessa espécie de atividade administrativa envolve um juízo de valor. Por isso, ela não deve ser discutida no plano lógico, mas apenas no jurídico. Os serviços essenciais são aqueles que a regra jurídica os menciona como tal e a lei tem de ser federal (1992).

Na Lei de Greve, Lei n. 7.783/89, no art. 10, são discriminados os serviços públicos ditos essenciais, de caráter urgente⁷⁹.

⁷⁷ Art. 175. Incumbe ao Poder Público, na forma da lei, diretamente ou sob regime de concessão ou permissão, sempre através de licitação, a prestação de serviços públicos.

Parágrafo único. A lei disporá sobre:

I – o regime das empresas concessionárias e permissionárias de serviços públicos, o caráter especial de seu contrato e prorrogação, bem como as condições de caducidade, fiscalização e rescisão da concessão ou permissão;

II – os direitos dos usuários;

III – política tarifária;

IV – a obrigação de manter o serviço adequado.

⁷⁸ Convém ressaltar que essa hipótese não é absoluta. Existem serviços de expedição de documentos que se revestem do caráter de essencialidade; por exemplo, o pedido de certidão com a finalidade de obter a soltura de alguém preso ilegalmente. É o caso concreto, portanto, que indicará a essencialidade de um determinado serviço público (NUNES, 2005).

⁷⁹ De acordo com Conceição (2003), a Lei 7.783/89 não regula apenas a matéria atinente a greve. Também define as atividades essenciais, conforme se observa na sua própria ementa. Com efeito, a garantia de continuidade dos serviços públicos essenciais pode-se referir as situações em que haja greve, cobrança de dívidas, falta do próprio serviço etc.

Art.10. São considerados serviços ou atividades essenciais:
 I – tratamento e abastecimento de água; produção e distribuição de energia elétrica, gás e combustíveis;
 II – assistência médica e hospitalar;
 III – distribuição e comercialização de medicamentos e alimentos;
 IV – funerários;
 V – transporte coletivo;
 VI – captação e tratamento de esgoto e lixo;
 VII – telecomunicações;
 VIII – guarda, uso e controle de substâncias radioativas, equipamentos e materiais nucleares;
 IX – processamento de dados ligados a serviços essenciais;
 X – controle de tráfego aéreo;
 XI – compensação bancária.

Não obstante a previsão legal do direito de continuidade dos serviços públicos essenciais, pode-se suscitar se esse evento é uma realidade absoluta ou relativa. Ou seja, esses serviços públicos jamais poderão ser suprimidos ou poderão sê-los em circunstâncias excepcionalíssimas?!

Para Azevedo, a continuidade dessa atividade estatal não é absoluta. Podem acontecer certas situações compreendidas como caso fortuito ou força maior⁸⁰, em que não é razoável imaginar que a prestação do serviço deva permanecer. Cita o caso de um vendaval que rompe os cabos de energia elétrica (2007).

Uma outra questão costumeiramente debatida em sede doutrinária e jurisprudencial, refere-se a possibilidade de corte do fornecimento do serviço público essencial pelo fornecedor, ante a previsão do art. 6º, § 3º, Lei 8.987/95⁸¹.

⁸⁰ O caso fortuito e a força maior representam quaisquer fatos superiores às forças do prestador de serviço público. A diferença entre esses dois institutos relaciona-se aos efeitos produzidos pelos mesmos. Enquanto o caso fortuito relaciona-se a eventos imprevisíveis e inevitáveis; a força maior, aos eventos previsíveis e inevitáveis como os fatos da natureza (CAVALIERI FILHO, 2006).

⁸¹ As portarias e resoluções das agências reguladoras (Anatel, Aneel etc.) e nas cláusulas de prestação desses serviços também dispõem sobre a interrupção do serviço por inadimplência do consumidor-usuário.

A Portaria 466, de 12.11.1997, da Agência Nacional de Energia Elétrica (Aneel), por exemplo, positiva no art. 76, I, a suspensão “por atraso no pagamento da conta após o decurso de 15 (quinze) dias de seu vencimento mediante prévia comunicação do consumidor”.

A cláusula quinta do contrato de adesão intitulado de “contrato de prestação de serviço público de energia elétrica para unidades consumidoras atendidas em baixa tensão”, que acompanha a fatura de energia elétrica, também prevê: “Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência, conforme os itens 1 e 3 abaixo, ou após aviso prévio, conforme os itens 4 e 5: [...] Item 5 – falta de pagamento da fatura de energia elétrica”.

Art. 6º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

[...]

§ 3º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:

I – motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II – por inadimplência do usuário, considerado o interesse da coletividade.

Cuidam-se de circunstâncias absolutamente distintas do caso fortuito ou força maior, na medida em que o próprio fornecedor decide interromper o serviço. Quanto a hipótese do art. 6º, § 3º, I, constata-se uma certa unanimidade por parte dos estudiosos sobre essa possibilidade de supressão da atividade estatal: em situação de emergência, por motivos de ordem técnica ou segurança das instalações, desde que haja aviso prévio. Azevedo menciona como exemplo a necessidade de reparos na rede elétrica ou a necessidade de suspensão de energia em razão de um forte vendaval (2007).

Talvez, Nunes seja um dos poucos autores que admite a sua inconstitucionalidade, com fulcro na violação do princípio da continuidade. Em primeiro lugar, afirma, a regra apenas demonstra que a situação emergencial poderá ocorrer, mas não devia. E caso ela aconteça, representaria uma suspensão irregular do serviço público, pois problema técnico e de insegurança revelam inadequação e ineficiência (2005).

No que tange ao art. 6º, § 3º, II, ao contrário, observam-se diversas tendências. Aqueles que se posicionam favoravelmente a interrupção do serviço público essencial como Denari, Menezello e Reginato. Outros como Azevedo e Ferreira dispõem de um discurso mais moderado. Formulam uma nova interpretação para a regra jurídica, a fim de conservá-la como constitucional. E até aqueles que a consideram inconstitucional como Martins.

Os autores que concordam pela supressão do serviço público essencial na hipótese de inadimplência do usuário-consumidor, alegam que o princípio de continuidade deve ser interpretado como regra geral, que permite a descontinuidade em circunstâncias excepcionais⁸². Suscitam que não há conflito entre o art. 6º § 3º, II, Lei 8.987/95 e o art. 22, CDC, mas sim uma complementariedade.

Também revelam que essa norma jurídica está de acordo com os valores do microssistema consumerista. A existência de uma legislação protetora à parte mais fraca tem como objetivo harmonizar os interesses das partes e equilibrar a relação de consumo (art. 4º, III, CDC). Uma relação harmônica e equilibrada pressupõe a prestação de um serviço eficiente e o pagamento de um preço justo pelo mesmo. Não se poderia admitir que o serviço fosse fornecido sem a devida remuneração, o que vai de encontro com a finalidade dessa Lei. Outrossim, a racionalização e a melhoria dos serviços públicos, expresso no art. 4º, VII, CDC, somente serão possíveis, na medida em que houver o recebimento da tarifa correspondente ao serviço prestado.

Além disso, trata-se de um direito do prestador deixar de adimplir com a sua obrigação, quando o outro contratante não a cumpre, nos moldes do art. 476, CC, desde que o usuário tenha sido comunicado anteriormente da possibilidade de corte unilateral, em consonância ao art. 6º, § 3º, L. 8.987/95.

Art. 476. Nos contratos bilaterais, nenhum dos contratantes, antes de cumprida a sua obrigação, pode exigir o implemento da outra.

Defendem que a não adoção dessa medida resultaria na quebra do princípio de igualdade entre as partes, ofensa ao princípio de tratamento isonômico entre os destinatários do serviço público, enriquecimento ilícito para o inadimplente à custa dos

⁸² Para Denari (2004), a continuidade dos serviços públicos essenciais prevista no art. 22, CDC condiciona numa garantia da coletividade, o que significa que jamais poderão deixar de ser ofertados a todos os usuários. Porém, quando estiverem em causa interesses individuais, de determinado usuário, a oferta do serviço pode sofrer a solução de continuidade.

demais usuários, incentivo a inadimplência⁸³ e, muitas vezes, desperdício dos bens ambientais (água) ou de produtos decorrentes da atividade estatal (energia elétrica)⁸⁴. Em outras palavras, a suspensão visa proteger o fornecedor, que deixa de ser obrigado a continuar prestando o serviço sem a contraprestação devida; a coletividade, já que os custos não serão repassados aos bons consumidores; e ao meio ambiente, pois desfavorece o desperdício desse bem.

O entendimento do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, embora não unânime, vem se posicionando favoravelmente ao direito do fornecedor de suspender o serviço público essencial, em caso de inadimplência do usuário.

ADMINISTRATIVO - SERVIÇO PÚBLICO -CONCEDIDO - ENERGIA ELÉTRICA -INADIMPLÊNCIA.

1. Os serviços públicos podem ser próprios e gerais, sem possibilidade de identificação dos destinatários. São financiados pelos tributos e prestados pelo próprio Estado, tais como segurança pública, saúde, educação, etc. Podem ser também impróprios e individuais, com destinatários determinados ou determináveis. Neste caso, têm uso específico e mensurável, tais como os serviços de telefone, água e energia elétrica.

2. Os serviços públicos impróprios podem ser prestados por órgãos da administração pública indireta ou, modernamente, por delegação, como previsto na CF (art. 175). São regulados pela Lei 8.987/95, que dispõe sobre a concessão e permissão dos serviços público.

3. Os serviços prestados por concessionárias são remunerados por tarifa, sendo facultativa a sua utilização, que é regida pelo CDC, o que a diferencia da taxa, esta, remuneração do serviço público próprio.

4. Os serviços públicos essenciais, remunerados por tarifa, porque prestados por concessionárias do serviço, **podem sofrer interrupção há inadimplência, como previsto no art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, Exige-se, entretanto, que a**

⁸³ Segundo Reginato (2008), as concessionárias que deixaram de efetuar a suspensão do fornecimento de água, obtiveram uma inadimplência de 40%, tornando impossível a continuidade da prestação do serviço. Por outro lado, a inadimplência fica em torno de 2%, quando é utilizada a rotina de suspensão do fornecimento, após aviso, para aquele consumidor que não procura a empresa fornecedora para efetuar o parcelamento do débito ou solicitar prazo para o pagamento.

⁸⁴ Segundo Reginato, o consumidor-usuário que não precisa pagar pela água tratada que consome, será muito mais fácil não ter consciência de sua importância e desperdiçá-la. Aponta em sua obra que nas ações judiciais que concederam a utilização da água pelo consumidor via antecipação de tutela, sem o cuidado de ressaltar que as faturas vincendas deverão ser objeto de pagamento, sob pena de suspensão, acabaram, em muitos casos, gerando o desperdício desse bem (2008).

interrupção seja antecedida por aviso, existindo na Lei 9.427/97, que criou a ANEEL, idêntica previsão.

5. A continuidade do serviço, sem o efetivo pagamento, quebra o princípio da igualdade da partes e ocasiona o enriquecimento sem causa, repudiado pelo Direito (arts. 42 e 71 do CDC, em interpretação conjunta).

6. Recurso especial provido (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 525.500, Relatora: Min. Eliana Calmon, 2003, grifo nosso).

Na mesma linha, segue o entendimento dos Tribunais.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO CAUTELAR. MEDIDA SATISFATIVA. INADEQUAÇÃO. INFUNGIBILIDADE. DESCABIMENTO. EXTINÇÃO. ADMINISTRATIVO. ENERGIA ELÉTRICA. SUSPENSÃO DO FORNECIMENTO. EXERCÍCIO REGULAR DE DIREITO DANO MORAL. NÃO CONFIGURAÇÃO 1. A ação cautelar e a antecipação de tutela não são fungíveis, porquanto se tratam de medidas submetidas a pressupostos, ritos e efeitos jurídicos distintos. 2. **A suspensão do fornecimento do serviço público de energia elétrica por força do inadimplemento da tarifa constitui exercício regular de direito**, não caracterizando dano moral. Hipótese em que o usuário não impugnou o valor da tarifa. Ação cautelar extinta. Voto vencido. Recurso desprovido (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap. 70010200251, Relatora: Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, 2004, grifo nosso).

Em contraposição, os autores que acolhem pela ilegalidade da regra do art. 6º, §3º, II, Lei 8.987/95, fundamentam essa proposição nos seguintes argumentos: pelo critério “lei posterior geral não revoga lei anterior especial”; ofensa ao direito de revisão contratual por fato superveniente (art. 6º, V, CDC); violação do princípio da proibição de retrocesso; e lesão as garantias fundamentais constitucionais.

Sobre a primeira premissa, que versa sobre o método de solução da antinomia entre o art. 22, *caput*, Lei 8.078/90 e o art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95, Martins revela que não há embasamento jurídico para a aplicação do critério “lei posterior revoga lei anterior”. O art. 22, CDC, que trata sobre o direito do consumidor a prestação de serviços públicos essenciais de modo contínuo, não pode ser revogado por outra norma posterior que regula a concessão e permissão do serviço público e não o direito do

usuário-consumidor. Nesse sentido, o critério que deverá incidir será “lei posterior geral (Lei 8.987/95) não revoga lei anterior especial (Lei 8.078/90)”⁸⁵ (2000).

Uma outra justificativa seria que a prática de suspensão unilateral inviabiliza o direito do usuário à revisão contratual fundada na onerosidade excessiva por fato superviniente, nos moldes do art. 6º, V, CDC. É que havendo a interrupção do serviço público, a prestadora demonstra que não tem intenção de revisar a forma do usuário quitar a sua dívida, gerando prejuízos a parte mais fraca da relação, o consumidor (MARTINS, 2000)⁸⁶.

Pode-se arguir, ainda, ofensa ao princípio da proibição de retrocesso, que culmina na inconstitucionalidade da regra do art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. O direito do consumidor apresenta status de direito constitucional, na medida em que decorre da Carta Magna, mais exatamente, do art. 5º, XXXII, CF⁸⁷. Com efeito, a supressão do serviço público essencial por inadimplemento implica em retrocesso a garantia do direito de continuidade positivado no CDC, que não deixa de ser uma redução da efetividade da norma constitucional que positivou como direito fundamental a defesa do consumidor (MARTINS, 2000).

Outrossim, não há que se olvidar que a manutenção de garantias constitucionais (direito à dignidade, vida, saúde, meio ambiente equilibrado etc) está vinculada diretamente ao fornecimento ininterrupto de determinados serviços públicos.

É com base nesse último argumento que a terceira corrente procura justificar a impossibilidade de supressão do serviço público, em razão de inadimplemento, em apenas duas circunstâncias excepcionais. Posicionam-se pela validade do art. 6º, § 3º,

⁸⁵ Convém ressaltar que nesse primeiro ponto não está se discutindo a respeito da legalidade do art. 6º, § 3º, II, da Lei 8.987/95. Partiu-se do pressuposto de sua legalidade, a fim de discutir tão somente o método passível de solucionar o problema da antinomia no ordenamento jurídico.

⁸⁶ Salienta-se que na maioria dos casos o consumidor-usuário não efetua o pagamento não porque não quer, mas sim porque existem circunstâncias que estão além de sua vontade, tais como: atraso no salário, problemas de saúde, desemprego.

⁸⁷ Art. 5. Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

XXXII – O Estado promoverá, na forma da lei, a defesa do consumidor.

L. 8.987/95, mas entendem que ao estar inserido a expressão “considerando o interesse da coletividade” nessa norma, o legislador ordinário quis preservar o princípio da continuidade em dois momentos específicos: a) e quando os consumidores-usuários são pessoas físicas em situação de miserabilidade ou desemprego; a) quando os consumidores-usuários são pessoas jurídicas, públicas ou privadas, que prestam atividades de grande relevância social como hospitais, universidades, asilos, delegacias de polícia etc⁸⁸. Somente uma interpretação nesse sentido, afirmam, redundaria na sua constitucionalidade, pois garantiria os direitos fundamentais nos casos concretos.

Ferreira, em seu artigo cujo título é “Direito do consumidor, serviço público e efetivação dos direitos sociais”, transcreve parte de uma sentença que exemplifica a importância da prestação contínua dessas atividades estatais nessas circunstâncias. Nessa sentença é mostrado a necessidade de uma criança de que seu aparelho de oxigênio fosse ligado à energia elétrica para garantir a sua sobrevivência, apesar de sua família não ter condições financeiras de arcar com essas despesas. O juiz doutor Diego Magoga Conde julgou favorável esse pedido, determinando que o serviço de energia elétrica fosse realizado, independente do pagamento pelo consumidor, em prol do direito à vida, à dignidade humana da criança⁸⁹.

Assim, apesar dos órgãos de cúpula e dos Tribunais posicionarem-se favorável a interrupção do serviço público, considerando a norma do art. 6º, § 3º, L. 8.987/95 válida e complementar do art. 22, CDC, já se verifica que algumas decisões admitem a sua

⁸⁸ Alguns julgados impõem a responsabilidade do Poder Concedente (o ente federativo) perante a empresa concessionária quando os consumidores-usuários não podem pagar seus débitos.

⁸⁹ O art. 201, do Estatuto da criança e do adolescente, mais especificamente em seu inciso V, assim determina: Art. 201. Compete ao Ministério Público: V – promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção dos interesses individuais, difusos e coletivos relativos à criança e à adolescência, inclusive os definidos no art. 220, § 3º, inciso II, da Constituição Federal. De um lado temos o Município e toda a sua população a espera de ações positivas que cumpram as metas mínimas relativas aos direitos sociais ligadas à dignidade da pessoa humana. Para Ingo W. Sarlet, o direito à vida e o princípio fundamental da dignidade da pessoa humana que se constitui em fios condutores, na tarefa de otimizar a eficácia dos direitos fundamentais, inclusive viabilizando o reconhecimento de direitos subjetivos a prestações, pelo menos na esfera de um padrão mínimo de condições materiais mínimas, não se devendo olvidar, ainda, que a liberdade e igualdade substanciais se constituem em exigências precípua da dignidade da pessoa humana. Posta assim a questão fática e jurídica, percebe-se que é sim dever do Estado *lato sensu* a efetivação de ações positivas que levem à materialização de direitos fundamentais como a saúde e a vida, no entanto, há que se ter em mente os impactos financeiros que certamente influenciarão direitos outros, ou seja, só podemos buscar algo onde efetivamente exista este algo. Isso posto, julgo procedente a presente Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público, AC 3.977/346, Juiz Dr. Diego Magoga Conde (FERREIRA, 2007, p. 40-41).

impossibilidade em duas situações especiais, haja vista que esse é o único modo de garantir os direitos fundamentais dos usuários inadimplentes.

[...]

5. Hodiernamente, **inviabiliza-se a aplicação da legislação infraconstitucional impermeável aos princípios constitucionais, dentre os quais sobressai o da dignidade da pessoa humana**, que é um dos fundamentos da República, por isso que inaugura o texto constitucional, que revela o nosso ideário como nação.

6. [...] **Forçoso, distinguir**, em primeiro lugar, **o inadimplemento perpetrado por uma pessoa jurídica portentosa e aquele inerente a uma pessoa física que está vivendo no limite da sobrevivência biológica**.

7. Em segundo lugar, **a Lei de Concessões estabelece que é possível o corte considerado o interesse da coletividade**, que significa interditar o corte de energia de um hospital ou de uma universidade, bem como o de uma pessoa que não possui condições financeiras para pagar conta de luz de valor módico, máxime quando a concessionária tem os meios jurídicos legais da ação de cobrança. A responsabilidade patrimonial no direito brasileiro incide sobre o patrimônio do devedor e, neste caso, está incidindo sobre a própria pessoa.

[...]

10. Esses fatos conduzem a **conclusão contrária à possibilidade de corte do fornecimento de serviços essenciais de pessoa física em situação de miserabilidade, em contra-partida ao corte de pessoa jurídica portentosa, que pode pagar e protela a prestação da sua obrigação**, aproveitando-se dos meios judiciais cabíveis.

10. Recurso Especial provido, ante a função uniformizadora desta Corte (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Resp. 684.442/RS, Relator: Min. José Delgado, 2005, grifo nosso).

Até agora, procurou-se enfatizar o significado das expressões eficiência, adequabilidade e continuidade. Sabe-se que a não incidência dessas características no serviço público condiciona a responsabilidade civil do fornecedor. É o que preleciona o art. 22, parágrafo único, CDC.

Art. 22. Os órgãos públicos, por si ou suas empresas, concessionárias, permissionárias ou sob qualquer outra forma de empreendimento, são obrigados a fornecer serviços

adequados, eficientes, seguros e, quanto aos essenciais, contínuos.

Parágrafo único. Nos casos de descumprimento, total ou parcial, das obrigações referidas neste artigo, serão as pessoas jurídicas compelidas a cumpri-las e a reparar os danos causados, na forma prevista neste Código.

Na primeira parte do art. 22, parágrafo único, como forma de reparação, os fornecedores de serviços públicos serão compelidos judicialmente para que a prestação ocorra, ou volte a ocorrer, na forma exigida pela lei. Serão obrigados a fazê-los funcionar segundo a sua finalidade e a expectativa do usuário (eficiência) ou melhorar as condições de sua prestação (adequabilidade) ou reestabelecer o serviço essencial, se eventualmente sofrer descontinuidade.

Na segunda parte, o legislador ordinário estabelece que os mecanismos de responsabilização do prestador são os mesmos do fornecedor de serviços privados. Com a concretização do vício de qualidade ou quantidade de serviço público, o usuário poderá se valer da hipótese do art. 20, CDC: a reexecução total ou parcial do serviço⁹⁰; a restituição total ou parcial da quantia paga; ou o abatimento proporcional do preço. No caso de dano ocasionado por defeito do serviço público, aplica-se a regra do art. 14, CDC, o consumidor terá direito à indenização na forma de pecúnia⁹¹.

No que se refere a teoria que embassa a responsabilidade civil do prestador, não há dúvida de que esse preceito cuida da teoria objetiva, também chamada de teoria

⁹⁰ Embora a reexecução total ou parcial do serviço seja uma das modalidades de responsabilização do fornecedor, nos termos do art. 20, CDC, ela já está prevista na primeira parte do art. 22, parágrafo único, CDC. Mesmo assim, preferiu-se repiti-la novamente.

⁹¹ Azevedo enumera em sua obra algumas situações que condicionam a responsabilidade civil do fornecedor, em razão da descontinuidade do serviço público essencial, a saber: por motivo de inadimplência do usuário, sem que este tenha sido notificado previamente – o prestador poderá ser obrigado a restabelecer a atividade e indenizar o usuário pelos danos decorrentes; por motivo de inadimplência do usuário, após aviso prévio, sem que este tenha se manifestado pela renegociação da dívida dentro do prazo ou requerido judicialmente a revisão do contrato por onerosidade (art. 6º, V, CDC) – é cabível nesse caso tão somente a medida de forçá-lo a restabelecer o serviço e desde que o consumidor se enquadre numa daquelas duas situações especiais: miserabilidade/desemprego ou constitua pessoa jurídica que desempenhe atividade de relevância social; por motivos de ordem técnica, de segurança das instalações ou mesmo em decorrência de caso fortuito ou força maior, sempre que esses eventos causarem danos ao consumidor – o fornecedor deverá reestabelecer o serviço, bem como reparar o dano (2007).

do risco. Primeiro porque a própria Constituição assim determina no art. 37, § 6º⁹². Além disso, uma outra razão que justifica o acolhimento dessa teoria, consagra-se no fato de que o microssistema consumerista pauta-se na teoria do risco como uma de suas condições de eficácia.

No entanto, alguns juristas como Di Pietro e Bandeira de Mello, defendem que essa previsão não exclui a hipótese de responsabilidade subjetiva, em caso de omissão do prestador, quer dizer, quando o serviço público não funcionar, funcionar mal ou tardiamente (DI PIETRO, 2008).

Uma outra indagação que se poderia suscitar à respeito desse mesmo mecanismo, seria se o ente federativo que delegou ou outorgou a execução dessa atividade, responde solidariamente pelos danos causados ao consumidor, nos moldes do art. 25, §1º, CDC. Até porque o ente político mantém-se na titularidade do serviço público, sendo seu dever rescindir o contrato por inadimplemento do particular ou por razões de interesse público; fiscalizar a atividade de prestação do serviço público desempenhada por terceiro; aplicar penalidades de natureza administrativa, quando o prestador não cumprir total ou parcialmente o contrato etc.

Além dessa relativa omissão por parte do Estado em exercer as suas prerrogativas no serviço delegado administrativamente, também se observa certo desinteresse desse ente em se valer dos instrumentos civis do CDC, a fim de obter judicialmente uma tutela efetiva em prol dessa classe de consumidores, em consonância ao art. 82, Lei 8.078/90. Sendo assim, verifica-se a fragilidade dos usuários na relação de prestação de serviços públicos, que não podem “contar” com a vontade do Poder Público em concretizar serviços eficientes, agravada pelo fato do prestador de serviços não divulgar informações sobre as cláusulas do contrato de serviço público.

Por fim, quanto as práticas abusivas nesses serviços, elas aparecem, especialmente, quando o fornecedor realiza algum tipo de ameaça, constrangimento ou simplesmente expõe ao ridículo o consumidor inadimplente para forçá-lo a pagar o

⁹² Art. 37. [...]

§ 6º. As pessoas jurídicas de direito público e as de direito privado prestadoras de serviços públicos responderão pelos danos que seus agentes, nessa qualidade, causarem a terceiros, assegurado o direito de regresso contra o responsável nos casos de dolo ou culpa.

débito, nos termos do art. 42, CDC. É o que acontece, quando o prestador de serviço público decide interromper a atividade essencial como forma de constranger o usuário a pagar o débito, sem ao menos conceder-lhe aviso prévio, informando-o de que ele poderá renegociar a dívida para evitar a suspensão.

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO. CORTE NO FORNECIMENTO DE ENERGIA. ATRASO NO PAGAMENTO DO DÉBITO. FALTA DE AVISO PRÉVIO. DANO MORAL PELO NÃO USO DE APARELHOS ELÉTRICOS. Ainda que possível a suspensão do fornecimento de energia elétrica em razão do inadimplemento do débito pelo usuário, indispensável o prévio aviso, nos termos do art. 6º, § 3º, da Lei nº 8.987/93. Inexistindo a notificação de desligamento, tem-se irregular descontinuidade de serviço público essencial, devendo a concessionária indenizar o usuário pelos danos advindos. Pretendendo o lesado indenização por dano moral pelo não uso dos aparelhos elétricos, a falta de energia por si só revela esse dano. Na fixação do dano moral deve ser levado em conta a conduta do prejudicado, no caso, inadimplente com as parcelas referente à confissão de dívida, bem como a situação econômica declinada nos autos. Redução da indenização em razão do exame dessas condicionantes. Apelação provida em parte. (RIO GRANDE DO SUL, Tribunal de Justiça, Ap. 70005972047, Relator: Des. Marco Aurélio Heinz, 2003).

Com essa breve exposição, pode-se concluir que o tema “regulação dos serviços públicos pelas normas do CDC de natureza civil”, ainda é muito pouco explorado pela doutrina. As pesquisas referentes a essa matéria limitam-se em identificar quais serviços públicos definem-se como relações de consumo e na possibilidade jurídica do prestador interromper essa atividade estatal.

Mesmo assim, não há dúvida de que esse microssistema proporciona aos usuários de serviços públicos uma série de mecanismos eficazes na prevenção e repressão de danos materiais e morais. Cita-se a inversão do ônus da prova; a desconsideração da personalidade jurídica, que dispõe de um rol mais amplo do que o próprio Código Civil; a vedação de práticas e cláusulas abusivas. Quanto a existência de cláusulas contratuais abusivas, prevê a possibilidade de interpretá-las em favor do usuário-consumidor, nos casos em que elas revelarem uma ambiguidade; de modificá-

las, quando não houver uma equivalência nas prestações; de declará-las nulas, quando abusivas; e o direito à repetição do indébito, quando o fornecedor lhe cobrar uma quantia indevida pela prestação do serviço. Também positiva que o consumidor tem direito à revisão do contrato, em função de fato superviniente que o torne oneroso; e, até a extinção do negócio jurídico, quando não for possível conservá-lo de maneira a restaurar o equilíbrio contratual, seja por fato superviniente ou cláusula abusiva.

Por todos esses motivos, a Lei 8.078/90 passa a desempenhar um papel importante na regulação dos serviços públicos. Ao proteger a parte mais fraca da relação de consumo, o usuário, determinando que esses serviços sejam prestados de modo eficiente, adequado, seguro e contínuo, quanto aos essenciais, não só propicia o equilíbrio contratual, mas sobretudo a consagração de direitos fundamentais (direito à dignidade, à saúde, à vida etc.). Por isso, torna-se relevante a produção de novos trabalhos nessa área, que evidenciem as “potencialidades” e limites dessa legislação, contribuindo na solução de conflitos jurídicos e na criação de novos institutos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Os serviços públicos se diferenciam das atividades legislativas e jurisdicionais. Também não se confundem com outras atividades de natureza administrativa: atividades de fomento, de polícia e de intervenção no domínio econômico. Essa é a concepção utilizada pelos principais estudiosos de direito administrativo e adotada na presente pesquisa.

Demonstrou-se que os serviços públicos são de titularidade dos entes federativos. Alguns deles podem ser executadas por entidades criadas e autorizadas por lei (autarquias, empresas estatais e fundações) e pelas empresas de iniciativa privada (empresas concessionárias, permissionárias e autorizadas). São regulados por normas jurídicas de direito público ou por normas jurídicas de direito privado, parcialmente derogáveis por normas publicistas, dependendo a organização que a execute.

Mas, é pela finalidade dessa espécie de atividade administrativa, que a torna “especial”. Estão voltadas para a materialização de necessidades coletivas: saúde, educação, segurança pública, energia elétrica, gás, transporte. Não é possível imaginar a efetivação de direitos fundamentais (direito à dignidade humana, direito à vida, saúde etc.) sem a existência mínima da prestação de serviços públicos pelo Estado.

Diante da posição assumida por essa variável na sociedade moderna, torna-se importante que ela seja prestada de maneira eficiente, adequada, segura e quanto aos essenciais, contínua, conforme prescreve o art. 22, CDC.

Nessa pesquisa, constatou-se que a legislação consumerista é um instrumento eficaz no alcance desse objetivo. Visa tutelar preventiva e repressivamente a parte vulnerável da relação de consumo, no caso o consumidor-usuário.

Todavia, não é quaisquer serviços públicos que podem ser identificados como serviços de consumo. O CDC tem como objeto de regulação o negócio jurídico, no qual assume a forma de um contrato bilateral. É imprescindível que nesse contrato as prestações sejam proporcionais, que o pagamento pelo serviço corresponda a unidades

de serviços prestados, pelo menos no mundo jurídico. E que o usuário-consumidor possa exercer o seu direito de liberdade quanto ao estabelecimento do contrato.

Nesse sentido, somente os serviços públicos *uti singuli*, custeados por meio de tarifa obedecem essa lógica e podem ser objeto de tutela do CDC. Os serviços *uti universi*, mantidos por impostos e os serviços *uti singuli* remunerados por taxas, ao contrário, submetem-se exclusivamente a lei tributária. Tratam-se de relações contributivas, jamais de consumo.

Sobre os mecanismos consumeristas de ordem civil aplicados aos serviços públicos, objeto de pesquisa, observou-se que, de fato, eles favorecem para que essas atividades sejam realizadas de acordo com os interesses sociais.

Na fase pré-contratual, que antecede o momento de formação do vínculo jurídico, revelam quais condutas não devem ser praticadas e quais cláusulas não podem ser inseridas no contrato de adesão ou quaisquer outro, sob pena de causar prejuízos ao consumidor (mecanismos preventivos). Destaca-se a impossibilidade do prestador interromper o serviço público, sem aviso prévio, como forma de constranger o pagamento da dívida pelo usuário.

Na fase contratual, que se caracteriza pelo cumprimento das prestações pelos contratantes e que vai desde a formação do vínculo jurídico até o pagamento das prestações convencionadas, se for estipulada cláusulas abusivas, por exemplo, pode o consumidor-usuário se valer de uma série de instrumentos repressivos. Poderá requerer judicialmente uma interpretação da cláusula que lhe seja favorável, quando essa manifestar uma ambiguidade; a sua modificação ou nulidade, se nela verificar uma prestação desproporcional em desfavor do usuário ou uma abusividade respectivamente; terá direito a receber o dobro daquela quantia paga indevidamente ao prestador; e até a extinção do contrato de consumo, quando não for possível restaurar o equilíbrio contratual. Ademais, terá direito a pleitear judicialmente a revisão do contrato ou, sucessivamente, a sua extinção, em decorrência de fato superviniente que o torne oneroso.

Por fim, na fase pós-contratual, que é aquela em que mesmo após o adimplemento de todas as prestações ajustadas, são exteriorizados os efeitos dessas

prestações com danos ao consumidor, também aparecem outros institutos de cunho repressivo. É nesse momento normalmente que são constatados os vícios e defeitos dos serviços públicos e que os prestadores são responsabilizados a reparar o dano. Aplicam-se os mecanismos da responsabilidade objetiva do fornecedor, da responsabilidade solidária de todos os fornecedores, a teoria da desconsideração da personalidade jurídica e a inversão do ônus da prova como forma de potencializar a concretização do direito do consumidor.

Portanto, diante da construção de um código cujo fundamento é a defesa do consumidor, entende-se sê-lo um instrumento garantidor da prestação de serviços públicos eficazes, adequados, seguros e contínuos, quanto aos essenciais. Não obstante, passado quase vinte anos da promulgação do CDC, poucos estudos consagram a regulação dos serviços públicos à luz dessa legislação, o que demonstra certo desinteresse com esse assunto.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *Manual de direito do consumidor*. São Paulo: Saraiva, 2003.

AMARAL, Francisco. *Direito civil: introdução*. 4. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ARISTÓTELES. *Poética, Organon, Política, Constituição de Atenas*. São Paulo: Nova Cultural Ltda, 1999.

AZEVEDO, Fernando Costa de. A suspensão de serviço público essencial em virtude de inadimplemento do consumidor-usuário. *Revista do Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 16, n. 62, p. 86-123, abr./jun. 2007.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. *Código de Defesa do Consumidor*. Organizadora Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____. *Código Civil*. Organizadora Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____. *Código Tributário Nacional*. Organizadora Anne Joyce Angher. 6. ed. São Paulo: Rideel, 2008.

_____. Lei n. 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Leis/7.783.htm>>. Acesso em 20 out. 2008.

_____. Decreto n. 1.306, de 9 de novembro de 1994. Regulamenta o Fundo de Defesa de Direitos Difusos, de que tratam os artigos 13 e 20, da Lei Nº 7.347, de 24 de julho de 1985, seu Conselho Gestor e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D1306.htm>. Acesso em: 5 out. 2008.

_____. Decreto n. 2.181, de 20 de março de 1997. Dispõe sobre a organização do Sistema Nacional de Defesa do Consumidor - SNDC, estabelece as normas gerais de aplicação das sanções administrativas previstas na Lei nº 8.078, de 11 de setembro de 1990, revoga o Decreto Nº 861, de 9 julho de 1993, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto/D2181.htm>. Acesso em: 5 out. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 903256/MG*, 2ª Turma. Recorrente: Ministério Público do Estado de Minas Gerais. Recorrido: Município de

Uberaba. Relator: Min. Humberto Martins. Brasília, DF, 27 de fevereiro de 2007. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> >. Acesso em: 11 nov. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 525.500*, 2ª Turma. Recorrente: Companhia Energética de Alagoas – CEAL. Recorrido: A. M. da S. Companhia Ltda. Relatora: Min. Eliana Calmon. Brasília, DF, 16 de dezembro de 2003. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> >. Acesso em: 11 nov. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial n. 684.442/RS*, 1ª Turma. Recorrente: Rio Grande Energia S/A. Recorrido: L. F. B. D. Relator: Min. José Delgado. Brasília, DF, 3 de fevereiro de 2005. Disponível em: <http://www.stj.gov.br> >. Acesso em: 11 nov. 2008.

BENJAMIN, Antônio Herman V., MARQUES, Cláudia Lima e MIRAGEM, Bruno. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

BIELSA, Rafael. *Ciência de la Administración*. 2. ed. Buenos Aires: Roque Depalma, 1955.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e teoria da constituição*. 7.ed. Coimbra: Almedina, 2008.

CAVALIERI FILHO, Sergio. Programa de responsabilidade civil. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Comentários à Constituição Brasileira de 1988*. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1992.

_____. *Administração indireta brasileira*. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

CONCEIÇÃO, Rodrigo. Dos direitos e garantias fundamentais e a continuidade do serviço público. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 8, n. 146, 29 nov. 2003. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=4520>>. Acesso em: 21 out. 2008.

COSTA, Regina Helena. A tributação e o consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 21, p. 97-104, jan. 1997.

DENARI, Zelmo. *Código brasileiro de defesa do consumidor comentado pelos autores do anteprojeto*. 8 ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2004.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito administrativo*. 21. ed. São Paulo: Atlas, 2008.

FERRAZ, Antônio Augusto de Camargo, MILARÉ, Édis e NERY JUNIOR, Nelson. *A ação civil pública e a tutela jurisdicional dos interesses difusos*. São Paulo: Saraiva, 1984.

FERREIRA, Simone Rodrigues. Direito do consumidor, serviço público e efetivação dos direitos sociais. *Revista IOB de Direito Administrativo*, São Paulo, n. 13, p. 36-42, jan. 2007.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito administrativo*. 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 8. ed. São Paulo: Atlas, 2005.

GROTTI, Dinorá Adelaide Musetti. *O serviço público e a constituição brasileira de 1988*. São Paulo: Malheiros, 2003.

LOPES, José Reinaldo de Lima. *Responsabilidade civil do fabricante e a defesa do consumidor*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992.

MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor*. 3. ed. São Paulo, Revista dos Tribunais, 1998.

MARTINEZ, Vinício C. Estado de direito formal. *Jus Navegandi*, Teresina, ano 9, n. 656, 24 abr. 2005. Disponível em: [http: </jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6652>](http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=6652). Acesso em: 18 ago. 2008.

MARTINS, Plínio Lacerda. Corte de energia elétrica por falta de pagamento – prática abusiva – Código de Defesa do Consumidor. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, v. 778, p. 100 – 112, ago. 2000.

MASAGÃO, Mário. *Curso de direito administrativo*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1968.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito administrativo brasileiro*. 33. ed. Atualização de Eurico de Andrade Azevedo et al. São Paulo: Malheiros, 2007.

MELLO, Celso Antônio Bandeira. *Curso de direito administrativo*. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2007.

MENEZELLO, Maria D'assunção C. Código de defesa do consumidor e a prestação dos serviços públicos. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 19, p. 232-235, jul. 1996.

NERY JÚNIOR, Nelson et. al. *Código brasileiro de defesa do consumidor*. 9. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 2007.

NORONHA, Fernando. *Direito das obrigações*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

NUNES, R. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <http://www.onu-brasil.org.br>. Acesso em: 27 ago. 2008.

OVIEDO, Carlos Garcia. *La teoria del servicio público*. 1953.

PADRO, Lucas Navarro. Aspectos selecionados da lei de consórcios públicos. *Sociedade Brasileira de Direito Público*, maio de 2005. Disponível em: http://www.sbdp.org.br/revista_ver.php?id_re=22. Acesso em: 10 nov. 2008.

PARANÁ. Tribunal de Alçada. *Apelação cível n. 53.111-5*, da 2ª Câmara Cível. Apelante: Ministério Público do Estado do Paraná. Apelado: Município de Umuarama. Relator: Juiz Irlan Prohmann Arco-Verde. Curitiba, 11 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.tj.pr.gov.br>. Acesso em: 6 out. 2008.

PONTES DE MIRANDA, Francisco Cavalcanti. *Tratado de direito privado*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

REGINATO, Osvaldo Anselmo. A prestação do serviço público essencial de fornecimento de água tratada e os direitos constitucionais e do consumidor. *Revista de Direito do Consumidor*, São Paulo, v. 17, p. 192 – 223. jan. /mar. 2008.

RIO GRANDE DO SUL. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70010200251*, da 22ª Câmara Cível. Apelante: R. R. L. Apelado: Companhia Estadual de Energia Elétrica. Relatora: Des. Maria Isabel de Azevedo Souza, Porto Alegre, 12 de dezembro de 2004. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 5 out. 2008.

_____. Tribunal de Justiça. *Apelação cível n. 70005972047*, da 21ª Câmara Cível. Apelante: Rio Grande Energia S/A. Apelada: A. L. E. de B. Relator: Des. Marco Aurélio Heinz, Porto Alegre, 11 de junho de 2003. Disponível em: <http://www.tj.rs.gov.br> Acesso em: 5 out. 2008.

RIVERO, Jean. *Direito administrativo*. Tradução de Rogério Ehrhardt Soares. Coimbra: Almedina, 1981.

SANTA CATARINA. Tribunal de Justiça. *Agravo em Apelação Cível n. 2006.035620-4*, da 1ª Câmara de Direito Público. Agravante: J. S. e outros. Agravada: Centrais Elétricas de Santa Catarina – Celesc. Relator: Des. Volnei Carlin. Florianópolis, 12 de abril de 2007. Disponível em: <http://www.tj.sc.gov.br>. Acesso em: 10 out. 2008.

SERPA LOPES, Miguel Maria de. *Curso de Direito Civil*. v. 1, 7. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1981.